













Sommaire







Préface

Administrations publiques et entreprises du secteur privé n'ont pas toujours été ces mondes souvent perçus comme antinomiques et fermés l'un à l'autre. Jusqu'à la Révolution française, l'entrepreneur privé était, dans bien des cas, à l'initiative des projets d'intérêt général, pour l'accomplissement desquels il se voyait confier par le pouvoir royal un privilège, durant une période lui permettant de compenser la charge de son investissement initial. Les contrats qui sont signés sont alors le fruit des négociations entre les parties, et embrassent une large diversité tant de formes que de contenus. Le début du XIXe siècle marque le début de l'effort de rationalisation des contrats publics, de conceptualisation des procédures de passation de ces contrats, et de différenciation des types de contrats publics. On note ainsi que les premières règles pour la passation des marchés publics des communes datent de l'ordonnance du 14 novembre 1837 : pour l'anecdote, on retient que ce texte comportait en tout et pour tout deux pages… Sous l'influence de la jurisprudence administrative notamment, la dimension procédurale des contrats publics va s'accentuer au cours des décennies, instaurant une distance de plus en plus grande entre administrations et entrepreneurs.




Ce que le système a depuis perdu en flexibilité et en capacité d'adaptation, il l'a compensé par une protection accrue de l'intérêt public, par une transparence des liens financiers et par une plus grande équité entre les entrepreneurs. Mais quoi qu'il en soit, les contrats publics sont désormais caractérisés par un grand formalisme, constituant peu à peu un domaine réservé aux experts. La réglementation actuellement applicable aux contrats publics représente en effet une somme considérable. Le droit communautaire est à l'origine d'une nouvelle réorganisation des normes, accentuant encore la codification des relations entre administrations et entreprises. La coexistence de référents communautaires et nationaux ne facilite pas la lisibilité du système. La veille juridique devient une fonction indispensable des organisations à laquelle de plus en plus de moyens doivent être consacrés, que l'on soit administration ou entreprise. Le volume des textes permet le développement de niches spécialisées pour des activités de conseil lucratives !

L'Institut de la gestion déléguée s'est constamment employé, depuis sa création en 1996, à mettre à la disposition de tous des travaux de qualité et accessibles au plus grand nombre, et plus particulièrement



dans le champ des partenariats public-privé. C'est dans cet esprit qu'il a souhaité mener, en partenariat avec Dexia, le projet dont le présent ouvrage est le résultat : « un glossaire » proposant une clé de lecture et de compréhension de ces contrats de partenariat public-privé.

Le champ de l'analyse porte sur le partenariat public-privé au sens communautaire et couvre ainsi les délégations de service public, les contrats d'occupation du domaine public (baux emphytéotiques administratifs et autorisations d'occupation temporaire du domaine public), les contrats mis en place par des dispositions législatives sectorielles (police, gendarmerie, justice, défense, santé) et les contrats de partenariat initiés par l'ordonnance du 17 juin 2004.

L'ouvrage s'attache à décrire de manière pédagogique les principales caractéristiques et apports de ces contrats :

– le cadre juridique applicable et en particulier les procédures de passation ;

– la vie et l'exécution du contrat ;

– la nature des partenaires impliqués ;

– les questions financières attachées à ce type de contrat.

En complément de cet ouvrage, un recueil des textes et des références juridiques proposant un recensement exhaustif de l'ensemble de la réglementation encadrant ces partenariats est également publié par Dexia et l'IGD [1] : il permettra d'approfondir les concepts présentés dans le présent ouvrage et de se reporter aux textes applicables.

Dès à présent, cet ouvrage sur les partenariats public-privé (PPP) propose aux prescripteurs publics et aux responsables privés un outil d'analyse et de compréhension des différentes options de coopération public-privé à leur disposition. Espérons qu'ils en tirent profit pour les aider à réaliser, dans les meilleures conditions, les investissements publics nécessaires.

Claude Martinand,
président de l'Institut de la gestion déléguée

Jacques Guerber,
vice-président du comité de direction de Dexia

1. Partenariats public-privé. Recueil des textes et de la jurisprudence applicables aux collectivités locales, La Documentation française, 2006.



Liste des abréviations

AAPC
Avis d'appel public à la concurrence

Aff.
Affaire

AJDA
Actualité juridique du droit administratif

AOT
Autorisation d'occupation temporaire du domaine public

BEA
Bail emphytéotique administratif

BEAH
Bail emphytéotique administratif hospitalier

BOAMP
Bulletin officiel des annonces de marchés publics

BOCCRF
Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

PPP
Partenariat public-privé

CAA
Cour administrative d'appel

Cass
Cour de cassation

CC
Conseil constitutionnel

CCSPL
Commission consultative des services publics locaux

CDE
Code du domaine de l'État

CE
Conseil d'État

CEDH
Cour européenne des droits de l'homme

CGCT
Code général des collectivités territoriales

CGI
Code général des impôts

CGPPP
Code général de la propriété des personnes publiques

CJCE
Cour de justice des Communautés européennes

CP
Contrat de partenariat

CRC
Chambre régionale des comptes

CSP
Code de la santé publique

CT
Collectivité territoriale

DA
Droit administratif



DBFO
Design, built, finance, operate

DGCCRF
Direction générale de la concurrence de la consommation et de la répression des fraudes

DSCR
Debt service cover ratio

DSP
Délégation de service public

EPCI
Établissement public de coopération intercommunal

EPS
Établissement public de santé

FCTVA
Fonds de compensation pour la taxe sur la valeur ajoutée

IGD
Institut de la gestion déléguée

JO
Journal officiel

JOAN
Journal officiel Assemblée nationale

JOCE
Journal officiel des Communautés européennes

JORF
Journal officiel de la République française

JOUE
Journal officiel de l'Union européenne

LOA
Location avec option d'achat

LOPJ
Loi d'orientation et de programmation pour la justice

LOPSI
Loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure

MAINH
Mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier

MAPPP
Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariats public-privé

METP
Marché d'entreprise de travaux publics

MOP
Maîtrise d'ouvrage publique

OEPA
Offre économiquement la plus avantageuse

Ord.
Ordonnance

PFI
Private finance initiative

PSC
Public Sector Comparator

RD
Revue de droit public

Rec.
Recueil

Req.
Requête

SA
Société anonyme

SEC
Système européen de comptabilité

SP
Service public

SPA
Service public administratif





SPIC
Service public industriel et commercial

SROS
Schéma régional d'organisation sanitaire

TA
Tribunal administratif

TC
Tribunal des conflits

TPG
Trésorier payeur général

TRI
Taux de rendement interne

TUE
Traité de l'Union européenne

TVA
Taxe sur la valeur ajoutée

UE
Union européenne

VAN
Valeur actualisée nette













Définitions et typologie des différents modes de partenariat public-privé

Chapitre 1









Les nouveaux modes de partenariat public-privé

Pourquoi de nouvelles formes contractuelles ?

Définition de la délégation de service public. Le droit français de la « commande publique » a connu de profondes évolutions au cours des dix dernières années. La principale de ces évolutions est l'apparition de contrats qui ne répondent pas à la définition traditionnelle des délégations de service public et des marchés publics.




La notion de délégation de service public (voir p. 32 et suivantes) **recouvre les formes traditionnelles** de la concession, de l'affermage, de la régie intéressée et accessoirement de la gérance. La nouvelle notion recouvre l'ensemble des contrats réunissant deux critères :

– ils confient à un tiers, personne publique ou privée, l'exécution même d'un service public ;

– ils assurent à ce cocontractant une rémunération *substantiellement liée* aux résultats de l'exploitation.

La notion de service public est, en droit français, extrêmement étendue, ce qui explique que la délégation de service public (DSP) permette de gérer des activités aussi diverses que la distribution d'eau et l'assainissement, les remontées mécaniques et les parcs de stationnement, le transport public urbain et les installations sportives, etc.

La délégation de service public constitue indéniablement le premier modèle de partenariat public-privé.

Les limites de l'objet des délégations de service public. La notion de service public connaît des limites : elle porte toujours sur une activité susceptible d'exploitation économique autonome et destinée



à l'usage direct par les usagers. La construction et l'entretien d'un établissement scolaire ne sont pas des activités de service public, car l'enseignement scolaire reste aux mains de l'État.

D'une manière générale, et aussi étendues que soient ses missions, la conception, la construction et l'entretien d'un bâtiment ne font jamais participer le cocontractant à l'activité qui s'y déroule. Construire et entretenir une prison ou un hôpital ne s'assimilent pas à l'exploitation du service public pénitentiaire ou hospitalier.

Les limites du mode de rémunération des délégations de service public. La notion de délégation de service public connaît une seconde limite : le critère de la rémunération. La rémunération d'un délégataire de service public doit toujours être substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Cela signifie que dans tous les cas, une part « significative » (qui peut varier de 10 à 30 % de la rémunération totale) de la rémunération du délégataire doit dépendre de la fréquentation du service ou des volumes livrés : volume d'eau d'un service de distribution, nombre de passagers d'un service de transport urbain, nombre d'interventions d'un service de secours en montagne, nombre de clients desservis par un service de location de téléviseurs dans un hôpital, etc.



N'est pas une délégation de service public le contrat par lequel est assurée au prix forfaitaire au cocontractant. Bien plus, n'est pas une DSP un contrat comportant une rémunération à la performance (la qualité de l'eau, l'accueil, la régularité et le confort d'une ligne de transport, par exemple).

Cette double limite de l'objet et du mode de rémunération du délégataire contraint l'administration à recourir à des modalités contractuelles alternatives pour réaliser certains projets. Mais le législateur et la jurisprudence ont réalisé une répartition binaire des contrats de commande publique, distinguant nettement les marchés publics et les délégations de service public. Un contrat ne constituant pas un marché public est une DSP et inversement.

Or les marchés publics ne permettent ni de réaliser les mêmes objets ni d'assurer les mêmes modalités de rémunération qu'une délégation de service public.

En application de la loi relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dite « loi MOP » [2],

2. Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dite « loi MOP », *JORF*, 13 juillet 1985, p. 7914, modifiée.





l'objet d'un marché public de travaux ne peut comprendre en principe à la fois la conception et la réalisation d'un ouvrage public. L'administration doit donc faire réaliser les études par une première entreprise puis confier la réalisation des travaux et l'exploitation de l'ouvrage en résultant à une seconde entreprise. Les exceptions à ce principe sont rares, et portent principalement sur les ouvrages présentant une grande complexité technique, comme les usines de retraitement des déchets ou d'épuration des eaux usées.

Par ailleurs, les travaux réalisés par marché public doivent être payés à leur réception : le paiement étalé est interdit.

Même si cette distinction connaît des exceptions, l'on peut dire que les marchés publics sont généralement des contrats à objet simple et de courte durée par lesquels l'administration se fournit en biens, travaux et services. Les délégations de service public sont par contre des contrats à objet plus complexe par lesquels sont confiées des missions de longue durée au bénéfice direct des usagers.

L'espace vacant entre ces deux pôles est aujourd'hui occupé par les « nouveaux partenariats public-privé ». La répartition binaire entre marchés publics et délégations de service public ne permettait pas de recourir à trois types de contrats :



– les contrats portant sur un service public mais rémunérés par un prix. Ce pouvait être par exemple le cas de la construction d'un pont ou d'une autoroute en contrepartie d'un certain nombre d'annuités forfaitaires versées par l'administration ;

– les contrats ne portant pas sur un service public même s'ils sont rémunérés par les utilisateurs du service. Telle est la situation des cantines administratives qui ne sont pas des services publics bien que les personnels administratifs versent un « prix » d'utilisation ;

– les contrats ne portant ni sur un service public ni rémunérés en fonction des résultats de l'exploitation. Cette catégorie est vaste. Elle recouvre principalement les contrats de conception, réalisation et exploitation d'ouvrages publics, rémunérés par un prix versé par annuités : rénovation et entretien d'un lycée, d'une prison ou d'un commissariat par exemple.

Que sont ces partenariats ?

Les « nouveaux » partenariats recouvrent l'ensemble des modalités s'écartant de la définition classique des marchés publics et des délégations de services publics. Même si le terme est susceptible de faire l'objet de nombreuses critiques, la notion de « partenariat » recouvre généralement en doctrine les nouveaux contrats qui ne répondent









ni tout à fait à la définition d'une DSP, ni exactement à celle des marchés publics. Ces modalités contractuelles « dérogatoires » sont parfois appelées « montages contractuels complexes ».

Leur objet peut être l'exécution d'un service public rémunéré par un prix : manque alors le critère de la rémunération nécessaire à la qualification d'une délégation de service public. Ils peuvent aussi consister à confier la conception et la réalisation de travaux en contrepartie d'un prix payé par annuités : il est alors dérogé à la fois à la « loi MOP » et à l'interdiction du paiement étalé. **Tous ces PPP sont souvent considérés en droit français comme étant des marchés publics d'un type particulier**. Une partie de la doctrine considère, au contraire, qu'un certain nombre de ces nouveaux contrats fait partie d'une troisième catégorie, entre marchés publics et délégations de service public.

L'échec des marchés d'entreprise de travaux publics. Une première tentative de constitution d'une « troisième voie » entre marchés publics et délégations de service public avait été faite avec la notion de marché d'entreprise de travaux publics.

Cette notion a vu le jour en 1963 dans un arrêt *Ville de Colombes* du Conseil d'État [3]. La haute juridiction désignait par ce terme un contrat confiant au cocontractant la réalisation d'un entrepôt frigorifique mis à disposition des usagers, en contrepartie d'un prix payé par l'administration. Son objet était donc celui d'une concession de travaux et de service public, mais son mode de rémunération était celui d'un marché. La nature exacte du METP a longtemps été indéterminée et son régime empruntait à la fois aux marchés publics et aux concessions. Ces METP identifiés par le juge ont parfois été qualifiés de « vrais METP », contrats ayant le même objet qu'une délégation de service public, mais dans lesquels la rémunération du cocontractant était assurée par un prix versé par l'administration.

La pratique a ensuite développé ce que l'on a appelé les « faux METP », qui étaient des marchés publics de travaux à paiement étalé. Ils ont par exemple permis de rénover et d'entretenir les lycées d'Ile-de-France. Mais nous avons vu que les travaux et l'entretien d'un bâtiment public ne font jamais participer le cocontractant au service public dont ce bâtiment est le support. Pour être qualifiés de délégations de service public, il manquait aux faux METP à la fois l'objet et le mode de rémunération.

3. CE, 11 décembre 1963, Req. n° 55-972, Rec. p. 612.



Vrais et faux METP ont finalement été qualifiés sans ambiguïté de marchés publics par le Conseil d'État. Cette qualification entraînant leur soumission au Code des marchés publics rendait illégaux à la fois le cumul des fonctions de conception et réalisation des ouvrages mais surtout le paiement étalé. Cette qualification revenait à en interdire l'usage.

Les exemples étrangers. Le débat national a été renouvelé par l'apparition, au Royaume-Uni, d'une catégorie de contrats appelés *Private Finance Initiative* (PFI) [4]. Ces contrats s'intègrent dans une vaste politique de réforme administrative. Une partie très minoritaire de ces PFI sont assimilables à des concessions de travaux et de service public à paiement sur l'usager. Une partie majoritaire des PFI consiste par contre à confier au cocontractant la conception, la réalisation et l'exploitation d'ouvrages publics en contrepartie d'un prix payé par l'administration. Ils ont été pour cette raison comparés à des marchés d'entreprise de travaux publics selon la modalité du « faux METP ». Mais leur objet est en réalité beaucoup plus large.

Le modèle de la PFI a connu un très grand succès et a été mis en œuvre dans de nombreux pays à travers le monde. Il est utilisé en Italie et en Espagne pour la réalisation d'hôpitaux ou de bâtiments administratifs tels que des mairies. Des prisons sont construites et entretenues sur ce modèle en Allemagne.




En France, l'introduction de contrats de ce type a été relativement désordonnée. Elle a pris appui sur un ensemble complexe de textes, créant chacun un outil contractuel spécifique. L'aboutissement de ce processus désordonné est la création du contrat de partenariat. Ce contrat présente de nombreuses caractéristiques qui, tout en prolongeant une pratique séculaire, introduisent en droit français un certain nombre de nouveautés propres à la notion de « partenariat public-privé ».

Les partenariats, nouveaux modèles contractuels

La catégorie générique des « partenariats public-privé » recouvre une grande diversité de modèles. Ces nouveaux contrats font en réalité l'objet d'une gradation, du plus simple au plus complexe suivant un *continuum* de solutions.

4. Sur ces contrats, voir la publication de l'IGD : *La Private Finance Initiative*, mars 2001.

Les marchés publics globaux sans paiement étalé

Le législateur a aménagé plusieurs types de « marchés publics globaux », qui permettent de cumuler la conception, la réalisation et l'entretien d'un ouvrage public ainsi que la prestation des services dont il est le support.

Le premier régime législatif de ce type a été instauré par la loi du 22 juin 1987, dite « loi Chalandon », qui crée ce que l'on appelle abusivement des « prisons privées » [5]. Le modèle a pris naissance aux États-Unis et a été ensuite introduit en France et au Royaume-Uni. Il en existe également en Allemagne et, en dehors de l'Union européenne, au Japon, en Australie et en Nouvelle-Zélande.

Le modèle français se distingue cependant nettement des modèles étrangers, en ce que les travaux ne peuvent pas faire l'objet d'un paiement étalé. Il se distingue également du modèle britannique des prisons en PFI par l'étendue des missions pouvant être confiées au cocontractant. Au Royaume-Uni, tous les services peuvent être délégués, y compris la surveillance des prisonniers. En France, toutes les missions régaliennes afférant à la sécurité et à la surveillance des prisonniers sont assurées par l'administration pénitentiaire qui ne peut les déléguer.




La loi du 22 juin 1987 a été réformée par la loi du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, dite « LOPJ » [6]. Elle qualifie expressément les contrats en cause de « marchés publics », ce qui n'était pas le cas auparavant, et les soumet au Code des marchés publics. Elle déroge expressément à la loi MOP, mais pas à l'interdiction du paiement étalé.

Le modèle du marché public global a été étendu à d'autres domaines par la loi du 29 août 2002, d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, dite « LOPSI » [7]. La LOPSI permet de confier à une personne de droit public ou de droit privé une mission portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance d'immeubles affectés à la police ou à la gendarmerie nationales [8].

5. Loi n° 87-432 du 22 juin 1987, relative au service public pénitentiaire, dite « loi Chalandon », *JORF*, 23 juin 1987, p. 6775.

6. Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, dite « LOPJ », *JORF* n° 211, 10 septembre 2002, p. 14934.

7. Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002, d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, dite « LOPSI », *JORF* n° 202, 30 août 2002, p. 14398.

8. Article 3 de la loi « LOPSI » 29 août 2002.



Les dispositions de la LOPSI ont ensuite été étendues aux « infrastructures nécessaires à la mise en place de systèmes de communication et d'information répondant aux besoins des services du ministère de l'Intérieur » [9], aux immeubles affectés à la brigade des sapeurs-pompiers de Paris et aux « immeubles affectés par l'État à la formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurité civiles » [10]. Un autre texte, la loi du 26 novembre 2003, relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, crée un contrat très proche du marché global de prisons « privées », mais pour les centres de rétentions administratives des étrangers en situation irrégulière [11]. Aux termes du nouvel article 35 *septies* de l'ordonnance relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, l'État peut confier, en dérogation aux articles 7 et 18 de la loi MOP, des missions portant « à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien, l'hôtellerie et la maintenance de centres de rétention ou de zones d'attente ».

Convention d'occupation du domaine public assortie d'une convention non détachable




L'article 3-II de la loi LOPSI crée un article L. 34-3-1 du Code du domaine de l'État (repris à l'article L. 2122-15 du CGPPP), aux termes duquel l'État peut conclure, avec le titulaire d'une autorisation temporaire d'occupation du domaine public, une convention de bail portant sur des bâtiments et installations à construire, avec une option d'achat avant le terme du bail. Cette autorisation accompagnée d'un contrat de location-vente, parfois désigné par l'acronyme **« AOT-LOA »**, est **destinée à satisfaire les besoins de la justice, de la police nationale et de la gendarmerie nationale**.

9. Article 118 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, *JORF* n° 66, 19 mars 2003, p. 4761 : « Après le premier alinéa du I de l'article 3 de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, il est inséré un alinéa ainsi rédigé : « L'État peut également confier à une personne ou à un groupement de personnes, de droit public ou privé, une mission portant à la fois sur la conception, la construction et l'aménagement d'infrastructures nécessaires à la mise en place de systèmes de communication et d'information répondant aux besoins des services du ministère de l'Intérieur. »

10. Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, *JORF* n° 66, 19 mars 2003, p. 4761.

11. Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003, relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, *JORF* n° 274, 27 novembre 2003, p. 20136, dont l'article 52 modifie l'article 35 *septies* de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, *JORF*, 4 novembre 1945.



La loi de programmation militaire du 27 janvier 2003 [12] a étendu le dispositif aux besoins de la défense nationale.

Le décret d'application de l'article 3-II de la LOPSI a étendu l'objet initial de ces AOT-LOA, initialement limité à la conception et la construction, pour permettre de confier au cocontractant l'entretien et la maintenance. L'objet de l'AOT-LOA est donc aussi étendu que celui d'un marché public global.

L'avantage de l'AOT-LOA, par rapport à un marché public global, est qu'elle permet le paiement étalé, sous la forme d'un loyer annuel, ce que ne permet pas le marché. La formule est donc beaucoup plus souple.

D'autres modalités proches de l'AOT existent en Europe. C'est le cas du **marché public de promotion** du droit belge. Ce marché public permet de confier à un cocontractant la conception, la réalisation et l'entretien d'un ouvrage public en contrepartie de loyers ou de redevances appelés *canons* sur une durée pluriannuelle. Le modèle est connu en Europe sous la dénomination de *leasing*, car il s'appuie souvent, comme en France, sur la modalité du crédit-bail.



Le bail emphytéotique administratif



Les baux emphytéotiques administratifs sont une modalité contractuelle empruntée au Code rural. Le bail emphytéotique peut se définir comme le contrat par lequel un propriétaire met à disposition d'un locataire (l'emphytéote) un terrain ou un bâtiment en échange d'un loyer pour une durée déterminée (de 18 à 99 ans). L'emphytéote s'engage à réaliser des investissements sur le terrain ou l'ouvrage. À la fin du bail, les biens retournent gratuitement au propriétaire.

Le bail emphytéotique administratif a été créé au profit des collectivités locales par la loi du 5 janvier 1988 [13].

Le BEA avec convention d'exploitation non détachable a longtemps été utilisé en lieu et place du METP, car il permet de confier au cocontractant la conception, la réalisation et l'exploitation d'un ouvrage public en échange d'un prix. Le BEA a surtout été utilisé dans le domaine des usines de retraitement des déchets.

12. Loi n° 2003-73 du 27 janvier 2003 relative à la programmation militaire pour les années 2003 à 2008, *JORF* n° 24, 29 janvier 2003, p. 1744, article 7-II.

13. Loi n° 88-13 du 5 janvier 1988, d'amélioration de la décentralisation, *JORF*, 8 janvier 1988, p. 208, article 13-II.



Le modèle du BEA a été renouvelé par la LOPSI qui aplanit certains obstacles contenus dans la loi de 1988. Le BEA connaît une principale variante, appelée bail emphytéotique hospitalier (BEH ou BEAH).

C'est dans le domaine hospitalier que le modèle du BEA devrait connaître le plus grand succès. Dans le cadre du plan de modernisation « Hôpital 2007 » une Mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier (MAINH) [14] a été créée, ayant notamment pour but de favoriser le recours aux formes innovantes d'investissement. La MAINH a publié en 2004 et 2005 des guides de mise en œuvre, principalement consacrés au BEAH [15].

Le contrat de partenariat

Le contrat de partenariat est, en droit français, la forme la plus aboutie de partenariat public-privé en dehors de la délégation de service public. Il a été créé par une ordonnance du 17 juin 2004 [16], prise sur le fondement de l'article 6 de la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003, habilitant le gouvernement à simplifier le droit.

Le contrat de partenariat est plus complet que tous les autres modèles. D'une part, son usage n'est pas limité à un secteur ou à des personnes publiques déterminés. Il peut être utilisé par toutes les personnes publiques et dans tous les domaines. D'autre part, il permet d'envisager une très grande variété d'objets et de modes de rémunération.

Malgré cette complexité, le contrat de partenariat reste, au regard du droit communautaire, un marché public, principalement en raison de son mode de rémunération qui consiste en un prix payé par l'administration.

Il constitue cependant, la plupart du temps, un marché public « particulièrement complexe », justifiant le recours à une procédure de passation dérogatoire dite de « *dialogue compétitif* ».

14. Voir arrêté du 27 mars 2003 portant désignation du directeur et organisation de la Mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier, NOR : SANH0321121A, *JORF* n° 78, 2 avril 2003, p. 5817.

15. Mission nationale d'appui à l'investissement immobilier (MAINH), *Guide du bail emphytéotique hospitalier*, 191 p. et annexes, 204 p., février 2005.

16. Ordonnance n° 2004-566, du 17 juin 2004, *JORF* n° 141, 19 juin 2004, p. 11020.





Le contrat de partenariat, nouveau modèle de gestion

L'innovation des « partenariats » ne s'arrête pas à une nouvelle modalité contractuelle. Leur objet n'est pas seulement d'assouplir les modes de financement et de rémunération ; il n'est surtout pas, comme le suggèrent leurs détracteurs, d'affaiblir les contrôles exercés par l'administration sur ses services publics, bien au contraire. **Certainement parce qu'ils ont fait l'objet d'une suspicion constante, ils doivent faire preuve d'une vertu exemplaire**.

Le BEH et le contrat de partenariat constituent les formes les plus abouties de partenariats public-privé. Leurs principales modalités sont directement inspirées du modèle britannique de la PFI. Mais parce que l'étude approfondie de plusieurs modèles contractuels dépasserait le cadre de cette étude, nous ne pouvons que renvoyer à d'autres travaux l'analyse de chacune des formes contractuelles créées par le droit français. Seul nous intéressera **le contrat de partenariat, archétype du partenariat public-privé**. Ses trois caractéristiques principales sont : l'obligation d'évaluation préalable, la globalité de l'objet et la rémunération.





L'évaluation préalable

Le contrat de partenariat est soumis à une obligation d'évaluation préalable, qui ne pèse sur aucun autre contrat de l'administration. Certes, les délégations de service public des collectivités locales doivent être précédées d'un examen par une commission consultative des services publics locaux et faire l'objet d'une délibération s'appuyant sur un rapport « *présentant le document contenant les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire* » (article L. 1411-4 du CGCT). Mais les obligations de motivation du recours au contrat de partenariat sont incomparablement plus complexes.

L'évaluation se compose de deux volets répondant chacun à une préoccupation distincte. **Le premier volet** doit montrer que « compte tenu de la **complexité** du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, ou bien que le projet présente un caractère d'**urgence** ». Seules les conditions alternatives de complexité ou d'urgence peuvent justifier le recours au contrat de partenariat. Cette limite provient d'une décision du Conseil



constitutionnel du 26 juin 2003[17] qui a considéré que l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 ne pouvait permettre de déroger au *« droit commun de la commande publique »* que pour une raison d'intérêt général tenant notamment à l'urgence ou à « la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service public ». Cette position, très critiquée par la doctrine, repose sur une notion de « commande publique » dont il est malaisé de définir les frontières et un « droit commun » au contenu incertain.

La condition d'urgence n'est pas une urgence procédurale, mais est liée à la nécessité de réaliser rapidement un investissement afin de rattraper un retard préjudiciable au bon fonctionnement du service public. Ainsi en matière d'hôpitaux et pour la plupart des équipements sociaux ou médico-sociaux, le retard criant d'investissement justifiera dans tous les cas le recours au contrat de partenariat.

La complexité est soit liée aux caractéristiques de l'ouvrage ou du service, soit aux particularités du montage juridique ou financier envisagé. Cette seconde condition est difficile à évaluer et laisse à l'administration une certaine marge d'appréciation.





Notons que **ce n'est qu'en cas de complexité** (et non en cas d'urgence, bien que rien n'empêche que les deux conditions soient réunies et invoquées de manière cumulative) **que le contrat pourra être attribué selon la procédure du dialogue compétitif** qui, contrairement aux procédures d'attribution de droit commun des marchés publics, permet une très large négociation entre les parties.

Dans le **second volet**, la personne publique doit exposer « avec précision les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif, qui l'ont conduite, après une analyse comparative, notamment en termes de coût global, de performance et de partage des risques, de différentes options, à retenir le projet envisagé et à décider de lancer une procédure de passation d'un contrat de partenariat ». Il s'agit dont d'une **évaluation comparative** devant démontrer l'avantage de recourir au contrat de partenariat plutôt qu'à un ensemble de marchés publics ou une délégation de service public. La nécessité de justifier des performances du contrat de partenariat provient essentiellement du risque de surcoût qu'il implique. Le financement privé se fait en effet à des conditions moins favorables que le financement par une personne publique, qui bénéficie en principe de taux d'intérêts bancaires plus avantageux. Cette

17. Conseil constitutionnel, 26 juin 2003, loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, n° 2003-473 DC, *JORF*, 3 juillet 2003, p. 11205.



considération a été à l'origine de nombreuses critiques à l'encontre du METP et de la PFI.

L'évaluation économique et financière fait appel à des concepts trop complexes pour être ici exposés. Des guides ont été publiés notamment par le ministère des Finances et par l'IGD [18].

Le second volet de l'évaluation reprend dans ses grandes lignes la technique de l'évaluation préalable des contrats de PFI, fondée sur l'idée de *Best Value*, de meilleur usage des fonds publics. Cette évaluation repose sur trois idées essentielles.

La première idée est que l'utilité d'un projet ne peut être réduite à l'analyse de son coût, mais doit prendre en compte les avantages induits, tels que la rapidité d'exécution et les gains de performance. Le **bénéfice socio-économique** de la réalisation rapide d'un hôpital peut justifier certains coûts financiers.



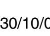
La seconde idée, liée à la première, est que **chaque mode de gestion a ses avantages et ses inconvénients** : le transfert au cocontractant des missions de conception, réalisation, entretien/maintenance et exploitation aboutira en général à une amélioration des performances, par une optimisation de la conception. L'exécution sera plus rapide, puisqu'il sera pourvu par un seul contrat aux fonctions autrement assurées par plusieurs marchés publics. Ainsi, les **gains de performance**, et donc la réduction des coûts d'investissement et de fonctionnement, peuvent permettre de « récupérer » les surcoûts financiers.

Enfin, le transfert des risques au partenaire privé permet de diminuer les coûts futurs. Le calcul des risques est une opération délicate, puisqu'il est fondé sur l'éventualité d'un surcoût simplement éventuel. Mais certains surcoûts sont affectés d'une probabilité plus ou moins importante : il est assez fréquent que la réalisation d'un bâtiment en maîtrise d'ouvrage publique aboutisse à des délais supplémentaires. Cette probabilité doit entrer en ligne de compte dans l'évaluation comparative d'un marché public et d'un contrat de partenariat.

L'objet du contrat de partenariat : une mission globale

L'objet du contrat de partenariat peut être très large. Il transfère obligatoirement une mission globale. Il porte au moins sur la

18. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, *Les contrats de partenariat – Principes et méthodes*, mai 2005. Institut de la gestion déléguée, « Évaluation des contrats globaux de partenariat », *Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment*, 26 mars 2004, cahier détaché n° 2, 72 p.





construction ou la rénovation de bâtiments, leur financement, leur maintenance et leur entretien, leur exploitation, et peut comporter, outre la conception, la prestation de services annexes « concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée ».

Le contrat de partenariat peut donc avoir des objets assez divers, et crée un *continuum* de solutions. Dans sa forme la plus « simple », le contrat ne porte que sur la construction ou la rénovation d'un ouvrage ou d'un équipement, son entretien et sa maintenance, son exploitation ou sa gestion.

L'utilisation alternative des termes « exploitation » et « gestion » renvoie à deux formes principales du contrat de partenariat :

– les contrats portant sur la *gestion* de bâtiments utilisés par l'administration pour la prestation d'un service public, tels des hôpitaux, des établissements scolaires, ou même des prisons ;

– les contrats portant sur *l'exploitation* d'un équipement de transport ou d'un ouvrage industriel tel qu'un pont, une usine de retraitement des déchets ou un réseau de fibres optiques.

L'idée de prestation globale est la plus essentielle du contrat de partenariat, et des « partenariats public-privé » en général. L'idée de mission globale justifie que le paiement soit lui-même globalisé et comprenne les charges d'investissement, de financement et de fonctionnement. Le contrat de partenariat porte sur un « service » rendu à l'administration. Cette approche est typique des contrats de PFI, qui sont généralement analysés comme des contrats de services, même lorsqu'ils comportent des investissements importants. Chaque année, l'administration ne rembourse pas à proprement parler un investissement, mais rémunère son cocontractant pour l'utilisation d'un ouvrage ou d'un équipement en parfait état de fonctionnement, accompagné éventuellement de services annexes. Cependant, et afin d'assurer la transparence dans la détermination du prix, le contrat doit nettement identifier, *au sein du paiement global*, chacun des coûts.

La rémunération du partenaire

La rémunération du partenaire est assurée par le versement d'une somme forfaitaire (en principe annuelle, mais une autre périodicité est envisageable) **représentant l'ensemble des coûts d'investissement, de financement et de fonctionnement**. Elle se distingue donc de la rémunération d'un marché public qui ne permet pas le paiement étalé des travaux. Elle se distingue également de la délégation de service public, puisqu'elle est assurée par l'administration et n'est pas liée aux résultats de l'exploitation.



La rémunération du partenaire peut cependant, d'une part, être complétée par des ressources annexes, d'autre part, être liée à la performance.

Les ressources annexes. Si elle ne constitue ni un élément de la définition, ni un caractère essentiel du contrat de partenariat, la possibilité de rémunération par des ressources annexes est notable. Elle renvoie à une pratique courante dans les contrats de PFI. Les ressources annexes peuvent provenir, dans le cadre d'un contrat portant sur un lycée, de la mise à disposition des terrains de sport à des tiers. Elle peut provenir, dans le cadre de l'exploitation d'une usine de retraitement des déchets, de la vente d'énergie à des tiers (modalité de rémunération très répandue en pratique).

La rémunération à la performance. S'il n'est pas obligatoire, l'établissement d'« objectifs de performance assignés au cocontractant » conditionnant la rémunération est un élément caractéristique des potentialités du contrat de partenariat.

Pour comprendre tous les enjeux de cette disposition il faut, encore une fois, se référer au contrat de PFI.





Dans le cadre des contrats de PFI britanniques, la rémunération à la performance est un élément de définition même du contrat. Le cocontractant est *obligatoirement* rémunéré en fonction de la performance réelle de sa gestion. En pratique, la rémunération est composée d'un paiement forfaitaire appelé *Unitary Charge*. Ce paiement, effectué chaque année ou chaque trimestre, est une somme globale représentant les charges d'investissement, financières et de fonctionnement. À cette somme sont retranchés deux éléments : les pénalités pour indisponibilité (*unavailability*) et les pénalités pour mauvaise performance (*poor performance*). Un bâtiment est indisponible lorsque tous les éléments nécessaires à son fonctionnement ne sont pas réunis : mauvais éclairage ou température insuffisante d'une salle de classe, non-fourniture des repas ou des services d'hygiène des prisonniers dans une prison, etc. Une mauvaise performance, sans remettre en cause la bonne marche du service, représente une inexécution ponctuelle de ses obligations par le cocontractant : absence de nettoyage d'une partie de bâtiment, panne d'ascenseur, etc. La *Unitary Charge* est grevée, lors de chaque paiement, des pénalités d'indisponibilité et de mauvaise performance.

Les modalités de rémunération à la performance dans les contrats de partenariat pourraient répondre à de tels mécanismes. L'ordonnance du 17 juin 2004 prévoit, en effet, que le contrat comprend obligatoirement des clauses relatives aux sanctions et pénalités applicables au cocontractant en cas de manquement à ses obligations. Par ailleurs, des clauses doivent organiser la compensation entre les paiements de l'administration et les pénalités appliquées au cocontractant.

Conclusion

Les conditions du recours au contrat de partenariat sont assez restrictives. Il est possible qu'il ne soit pas l'outil « universel » que le gouvernement voulait créer. En outre subsistent tous les autres « PPP » précédemment créés : marchés publics globaux, AOT, BEA.

Le contrat de partenariat n'en est pas moins caractéristique des évolutions contemporaines du droit de la « commande publique » et des « partenariats public-privé » qui connaissent un succès international.

Malgré l'obstacle certain que constitue l'évaluation en deux volets, un premier contrat de partenariat a été signé, en avril 2005, par la ville d'Auvers-sur-Oise. Le contrat d'une durée de six ans, attribué aux sociétés EL-ALE et ETDE, porte sur le renouvellement des installations d'éclairage public de la ville, leur entretien et la fourniture d'électricité. Le groupement « partenaire » est rémunéré par des redevances mensuelles représentant la charge de rénovation et maintenance et la fourniture d'énergie pour un montant prévisionnel de 2,3 millions d'euros. Le recours au contrat a été justifié par l'urgence à rénover le parc municipal. Remarquons que ce type de contrat ne pouvait précédemment être réalisé que par le recours à un marché public, le Conseil d'État ayant considéré que le renouvellement des installations d'éclairage électrique ne faisait pas participer le cocontractant à l'exécution même du service public.



Désormais connus de très nombreux États membres de l'Union européenne, les « nouveaux partenariats public-privé » du type du contrat de partenariat devraient prochainement faire l'objet d'une reconnaissance par les instances communautaires. La Commission européenne a annoncé, dans un *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marches publics et des concessions* [19], son intention d'établir un cadre commun pour les contrats du « modèle concessif » (du type des délégations de service public) et pour les nouveaux partenariats public-privé de type PFI qui se caractérisent tous par leur longue durée, un financement assuré en partie par le secteur privé, la participation de l'opérateur aux différents stades de l'opération, et la répartition des risques entre les partenaires. Ces nouveaux partenariats constitueraient bien une « troisième voie » entre les marchés publics de courte durée et à objet ponctuel, et les concessions classiques.

19. Commission des Communautés européennes, *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marches publics et des concessions*, 30 avril 2004, COM (2004) 327 final.





Cadre législatif, réglementaire et jurisprudentiel des contrats de partenariat public-privé en droit interne

• **Simplification du droit :**

– Décision DC n° 2003-473 du 26 juin 2003 relative à la loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit.

– Décision DC n° 2004-506 du 2 décembre 2004 relative à la loi de simplification du droit.

– Loi 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit (extraits : article 6).

– Loi 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit.




• **Contrat de partenariat :**

– Ordonnance 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat pour l'État, codifiée aux articles L. 1414-1 à L. 1414-16 et D. 1414-1 à D. 1414-4 du CGCT pour les collectivités territoriales.

– Décret 2004-1119 du 19 octobre 2004 portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat.

– Décret 2004-1145 du 27 octobre 2004 pour l'application de l'ordonnance 2004-559, modifié par le décret n° 2005-953 du 9 août 2005 portant modification du décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 pris en application des articles 3, 4, 7 et 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et L. 1414-3, L. 1414-4 et L. 1414-10 du Code général des collectivités territoriales et modifié par le décret n° 2005-1740 du 30 décembre 2005 modifiant le décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 pris en application des articles 3, 4, 7 et 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et modifiant l'article D. 1414-1 du Code général des collectivités territoriales.

– Conseil d'État, 29 octobre 2004, *M. Sueur et autres*, Req. n° 269814-271119-271357-271362.

– Conseil d'État, 31 mai 2006, *Ordre des avocats du barreau de Paris*, Req. n° 275531.

• **Textes sectoriels :**

– Ordonnance 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation.

– Ordonnance 2004-825 du 19 août 2004 relative au statut des immeubles à usage de bureaux et des immeubles dans lesquels est effectué le contrôle technique des véhicules et modifiant le Code du domaine de l'État.

– Décision 2002-460 DC du 22 août 2002 relative à la loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure.

– Décision 2002-461 DC du 29 août 2002 relative à la loi d'orientation et de programmation pour la justice.

– Loi 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure.

– Loi 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice.

– Loi 2003-73 du 27 janvier 2003 relative à la programmation militaire pour les années 2003-2008.

– Loi 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure (extraits : article 118).

– Loi 2004-804 du 9 août 2004 relative au soutien à la consommation et à l'investissement.

– Décret 2004-18 du 6 janvier 2004 pris pour l'application de l'article L. 34-3-1 du Code du domaine de l'État.

– Décret 2004-732 du 26 juillet 2004 modifiant le décret 2004-18 pris pour l'application de l'article L. 34-3-1 du Code du domaine de l'État.

– Décret 2004-1551 du 30 décembre 2004 instituant un organisme expert chargé de l'évaluation des partenariats de l'État au sein du ministère de la Défense.

• **BEA de droit commun :**

– Loi 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation, codifiée aux articles L. 1311-2 à L. 1311-7 du CGCT.

– Code général de la propriété des personnes publiques.

– Conseil d'État, 25 février 1994, *Société SOFAP Marignan Immobilier*, Req. n° 144641 et 145406.

– Conseil d'État, 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, Req. n° 141633.







• **AOT :**

– Code général de la propriété des personnes publiques.

– Décret 2004-18 du 6 janvier 2004 pris pour l'application de l'article L. 34-3-1 du Code du domaine de l'État.

– Décret 2004-732 du 26 juillet 2004 modifiant le décret 2004-18 pris pour l'application de l'article L. 34-3-1 du Code du domaine de l'État.

– Arrêté MINEFI du 2 février 2004 pris pour l'application des articles 6 et 10 du décret 2004-18.

– Avis du Conseil d'État du 31 janvier 1995.

• **Délégation de service public :**

– Loi 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (articles 38 à 41).

– Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement dite « loi Barnier ».





– Loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public.

– Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier dite « MURCEF ».

– Décret n° 93-471 du 24 mars 1993 portant application de l'article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relatif à la publicité des délégations de service public.

– Décret 95-225 du 1er mars 1995 pris pour l'application de l'article 41 de la loi 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

– Décret 2005-236 du 14 mars 2005 relatif au rapport annuel du délégataire de service public local et modifiant le Code général des collectivités territoriales (partie « Réglementaire »).

La délégation de service public en droit français

Historique du terme

Le terme « délégation de service public » est un terme récent. Il est en fait apparu dans la loi relative à l'administration territoriale de la République du 6 février 1992 qui disposait alors que les conditions d'une mise en concurrence des délégations de service public seraient définies par voie réglementaire. Cette définition par voie réglementaire n'intervint pas puisque la loi du 29 janvier 1993 [20] précisa les modalités d'organisation de la concurrence desdites délégations de service public. Mais aucun de ces textes ne précisa ce qu'il fallait entendre par délégation de service public.

La littérature juridique, qu'il s'agisse des écrits doctrinaux, des manuels, de la doctrine administrative ou de la jurisprudence, utilisait le terme traditionnel de concession – concession de travail public, concession de service public ou concession de travail et de service public –.



Dans le texte de la loi du 29 janvier 1983, le sens que l'on entendait donner à délégation de service public était équivalent à celui de concession de service public entendu sous sa forme globalisante. En effet, le terme concession revêtait deux sens :

– un sens générique qui couvrait en fait toutes les formules par lesquelles une collectivité publique confiait à un tiers le soin d'exploiter un service public, moyennant une formule qui n'entrait pas dans le cadre juridique des marchés publics, avec des niveaux de risques variés selon la formule contractuelle choisie ;

– le terme concession visait également une formule dans laquelle la collectivité publique confiait à un tiers le soin de construire et d'exploiter un ouvrage public à ses risques et périls. C'est ce que l'on appelait, dans la littérature classique, la concession pure dont les éléments constitutifs étaient la construction de l'ouvrage par le cocontractant de l'administration et son exploitation aux risques et périls.

20. Voir loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.





C'est d'ailleurs cette ambivalence du terme de concession qui a conduit à rechercher un autre terme, celui de délégation de service public qui, depuis, a été unanimement reconnu dans le droit français, cette reconnaissance ne valant pas en dehors des frontières puisque le droit européen continue à utiliser le terme de concession pour qualifier ce qui est, dans le droit français, une délégation de service public et qui était, dans le droit français antérieur, une concession.

Quoi qu'il en soit, il a fallu trouver un sens suffisamment précis au mot délégation de service public afin d'éviter de créer une insécurité juridique pour les collectivités publiques et leurs partenaires.

La définition jurisprudentielle

La nécessité de trouver une définition n'était pas nouvelle.

Dans le droit antérieur à la « loi Sapin » du 29 janvier 1993, la question de la frontière entre les concessions qui n'étaient par tradition soumises à aucune obligation de mise en concurrence, et d'autres formes contractuelles, notamment les contrats relevant du Code des marchés publics, se posait. La jurisprudence administrative avait adopté un critère traditionnel de distinction entre concession et marché public, en indiquant que ce qui caractérisait la concession était le fait qu'en concession, l'usager du service public acquittait directement les redevances d'usage du bien ou du service auprès du concessionnaire. Ce critère a longtemps prévalu.

Ce critère simple ne faisait pas l'unanimité car la seule identification d'une relation matérielle entre les acteurs d'un service ne pouvait suffire à traduire la différence de fond qui existe entre la concession et le marché, et qui a toujours été reconnue, à savoir que la concession est un système dans lequel on confie au partenaire la responsabilité d'un service public, de son fonctionnement, de son exécution, de sa correcte fourniture, alors qu'un marché est un acte par lequel la collectivité publique acquiert une prestation auprès d'un partenaire, cette prestation étant nécessaire à l'exécution du service public, mais ne conduisant pas à en confier audit partenaire la responsabilité.

Le Conseil d'État [21] avait indiqué que : « un contrat par lequel un entrepreneur est chargé de l'exécution même d'un service public n'est pas un marché », mais une concession de service public.

21. CE, Section 20 avril 1956, *Époux Bertin*, p. 167, et des Avis des 7 octobre 1986 et 7 avril 1987.



L'un des éléments essentiels de la concession était celui de l'*intuitu personae*, signifiant que le choix, par la collectivité, de son concessionnaire devait se faire en fonction de sa personnalité, ce qui excluait le recours à des procédures de choix trop formalisées, c'est-à-dire des procédures imposées par le Code des marchés publics.

C'est cette considération qui a conduit le Conseil d'État, confronté à la nécessité de donner un sens au terme délégation de service public, à trouver une nouvelle définition dans une décision devenue célèbre : *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc* (15 avril 1996 p. 137).

Dans cette définition, le Conseil d'État, abandonnant le critère du paiement direct de redevance par les usagers, a utilisé celui d'une rémunération qui soit substantiellement fonction des résultats de l'exploitation. **La délégation de service public se caractérise donc, dans cette décision, par une rémunération de l'exploitant substantiellement liée aux résultats de l'exploitation**.



Cette position jurisprudentielle était d'évidence beaucoup plus conforme à la conception de fond qui prévalait pour identifier ce que l'on entendait traditionnellement par concession. En fait, dans cette décision, le Conseil d'État attachait la délégation de service public à la notion de risque, même si ce terme n'était pas utilisé dans la décision.

Certes, le critère adopté par la décision *Commune de Lambesc* ne réglait pas tous les problèmes de frontières. Qu'est-ce qu'était une rémunération substantiellement fonction des résultats de l'exploitation ? Quel sens donner au terme substantiel ?

Certains ont cherché des critères de pourcentage, critères financièrement simplistes, pour tenter de trouver une voie de mesure qui permette d'arbitrer entre les deux catégories juridiques, d'autant que celles-ci se voyaient affecter d'obligations procédurales d'inspiration voisine, mais non identiques.

On a beaucoup glosé sur certaines décisions administratives et souvent exagéré l'importance de ces questions de frontières, car en réalité, elles n'ont pas été aussi considérables que pourrait le laisser penser la lecture des divers commentaires qu'elles ont suscités.

L'approche européenne

L'approche par la notion de risque s'est trouvée confortée, assez curieusement, par la Commission européenne. En effet, dans une communication interprétative d'avril 1997 sur les concessions, la







Commission européenne a indiqué que ce qui caractérisait la concession, c'est en fait le risque pris par le concessionnaire. Il ne pouvait y avoir de concession sans qu'une part du risque soit prise par le concessionnaire.

C'était là dire quelque chose d'assez proche de ce qu'avait dit l'arrêt *Commune de Lambesc*, mais en des termes à la fois plus précis et plus intelligibles.

Si un cocontractant de l'administration prend le statut de concessionnaire, ou de délégataire de service public dans le droit français, il souscrit par là même une part du risque lié à son exploitation. Cette part peut être plus ou moins importante. Elle n'est jamais absolue, mais, si elle est inexistante, on n'est pas dans la catégorie des délégations de service public (voir le mot-clef « risque »).

La Commission européenne, après la communication interprétative du 29 avril 2000 sur les concessions en droit communautaire et celle du 15 novembre 2005 concernant les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, a continué à s'intéresser aux concessions (terme qu'elle continue de préférer aux délégations de service public). Une directive sur les concessions pourrait voir le jour dans les prochaines années.




La définition légale

L'absence d'une définition légale a posé cependant problème, la juridiction administrative pouvant toujours être conduite à modifier son interprétation.

C'est ce qui a conduit le législateur, dans le cadre de la loi MURCEF du 11 décembre 2001 [22], à poser une définition légale des délégations de service public, en des termes finalement très voisins de la décision *Commune de Lambesc*.

La délégation de service public est définie par la loi du 11 décembre 2001 comme : *« un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service »*.

22. Voir loi n° 2001-1168 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier.



De ce point de vue, la définition de la délégation de service public issue de la loi n'apporte pas grand-chose à son interprétation, ni, par conséquent, à ses problèmes de frontières. Mais elle lui donne une base légale avec l'autorité et la stabilité qui s'y attachent.

Les éléments distinctifs

Partant de là, et en intégrant des positions confirmées par la jurisprudence, la définition de la délégation de service public peut procéder des éléments suivants.

Le contrat

La délégation de service public est tout d'abord un contrat. Il n'y a pas de délégation de service public sans contrat. Une simple habilitation ou licence ne saurait constituer une délégation de service public parce qu'elle ne suffirait pas à identifier le cadre d'une relation partenariale indispensable à l'exécution d'un service public (avis du Conseil d'État du 9 mars 1995).

La personne publique



Ce contrat comporte au moins une personne publique : le délégant. Ce peut être l'État, une collectivité locale ou un établissement public. Une société d'économie mixte ne peut pas conclure une délégation de service public (ou plus exactement, si elle conclut un contrat qui en a les caractéristiques, celui-ci n'est pas une délégation de service public).

Les sous-délégations de service public ne peuvent pas survivre au régime des délégations de service public. Le délégataire est normalement une personne privée, mais il peut également s'agir d'une personne publique.

Le service public

Ce contrat a pour objet l'exécution d'un service public. Les activités des personnes morales de droit public sont normalement constitutives de service public. Mais il en est qui ne le sont pas. Il existe, sur ce plan, une jurisprudence administrative assez bien établie.

La collectivité délégante est titulaire, ou si l'on préfère responsable, de ce service public. Elle décide d'en confier les modalités d'exécution à son partenaire dans les conditions prévues par le contrat. S'il n'y a pas de service public ou si l'activité considérée n'est pas un





service public délégable, le contrat ne sera pas un contrat de délégation de service public. Il en sera de même pour un contrat conclu par une personne publique qui n'est pas responsable des services, même si l'activité est de service public.

Ce contrat confie la responsabilité d'exécution du service pendant une certaine durée. La délégation de service public est liée à la notion de durée. Le droit des délégations de service public limite la durée des contrats en fonction des prestations demandées au délégataire, et la limite à la durée d'amortissement des immobilisations, lorsque celles-ci sont à la charge du délégataire.

On ne saurait imaginer une délégation de service public purement ponctuelle.

Le cocontractant est investi de la responsabilité de l'exécution du service, ce qui signifie qu'il entretient une relation directe avec l'usager, même si cette relation directe n'est pas nécessairement assortie d'un paiement direct des redevances. Il peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service, mais cette circonstance ne constitue pas une condition de la reconnaissance de la délégation de service public.

La rémunération du cocontractant



La rémunération du délégataire est substantiellement fonction des résultats de l'exploitation, ce qui signifie que l'exploitant sera associé aux risques de l'exploitation et ce, de manière substantielle, la difficulté pouvant résider dans les incertitudes propres au terme substantiel. Ces incertitudes seront appréciées au cas par cas.

Les tentatives qui ont été faites pour qualifier cette notion se sont avérées vaines, tant sont différentes les situations. Les systématisations jurisprudentielles sont financièrement et économiquement peu convaincantes.

On a beaucoup écrit sur la frontière entre délégation de service public et autres formules contractuelles, en l'occurrence les marchés publics. Mais les requalifications sont rares et les problèmes de frontière finalement assez limités.

Il est d'ailleurs plutôt heureux que le législateur ait laissé le soin aux parties, sous le contrôle du juge, d'apprécier les conditions de leur association respective aux risques et de l'appartenance à tel ou tel cadre conventionnel.

Le risque

La notion de risque est intimement liée à la notion de délégation de service public. En effet, ce qui différencie de façon nette la délégation



de service public d'autres formules conventionnelles, en particulier des marchés publics, est le fait que le délégataire de service public est chargé de l'exécution du service public et doit en prendre, de manière plus ou moins marquée, une part du risque économique et financier.

On retrouve cette notion de risque dans la définition que donne le droit français de la délégation de service public, qu'il s'agisse de la décision de référence que forme l'arrêt *Préfet des Bouches-du-Rhône* (15 avril 1996) ou de la définition légale issue de la loi du 11 décembre 2001.

En effet, en indiquant que ce qui caractérise la délégation de service public est le fait que le délégataire ait une rémunération qui soit directement fonction des résultats de l'exploitation du service, on ne fait que rappeler que la rémunération du délégataire sera fonction du risque pris dans l'exploitation et de sa manière à en assumer la gestion.

Si le droit français n'utilise pas le terme de risque, les communications interprétatives de la Commission européenne de 2000 et 2005 sur le droit des concessions, terme par lequel elle qualifie ce que le droit français appelle délégation de service public, a clairement indiqué que ce qui est l'élément constitutif de la concession est bien le fait que le concessionnaire, en l'occurrence le délégataire pour le droit français, soit associé aux risques de l'exploitation.

Si la définition de la délégation de service public s'appuie sur la notion de risque, il faut tenter de préciser ce que l'on entend par risque de l'exploitation et la façon dont le délégataire est associé auxdits risques.

La notion de risque de l'exploitation

Qu'est ce que l'on entend par risque de l'exploitation ?

Le risque de l'exploitation est un risque économique et financier. L'exploitation d'un service public est, comme toute activité économique, génératrice d'un certain niveau de risques. En matière économique, la raison principale est de ne pas couvrir ses charges d'investissement ou de fonctionnement. C'est en fait le risque d'une rentabilité anormale, la norme étant le rendement courant d'une valeur mobilière ou obligataire. Cette rentabilité, dans une convention de délégation de service public, se mesure sur la durée du contrat.

Mais les activités de service public présentent des niveaux de risques qui ne sont pas directement comparables aux niveaux de risques d'une activité économique ordinaire.





Risque et mode de financement

Il y a tout d'abord à prendre en considération la situation dans laquelle l'activité de service public est financée totalement ou majoritairement par des ressources à caractère fiscal. Dans ce cas, il n'y a pas directement de relation marchande entre le prestataire et l'usager et de ce fait, la notion de risques se présente de façon très limitée puisque l'autorité administrative peut, de façon assez large, faire jouer les recettes fiscales pour couvrir les charges du service.

Peut-on, dans ce cadre, organiser une relation contractuelle qui conduise à ce que le délégataire prenne un risque suffisant pour qu'il s'agisse réellement d'une délégation de service ? En d'autres termes, peut-on, pour les services publics à caractère administratif, qui sont majoritairement financés par les recettes fiscales, organiser un système de rémunération qui inclut un certain niveau de risques pour le délégataire ?

Le Conseil d'État (avis du 7 octobre 1986) comme la doctrine administrative ont eu fréquemment l'occasion de rappeler que la délégation de service public est utilisable tant pour les services publics à caractère industriel et commercial que pour les services publics à caractère administratif. Cependant, organiser un système qui s'apparente à la délégation de service public pour un service public à caractère administratif va nécessiter une ingénierie financière particulière et qui repose sur la base suivante.



Dans un service public à caractère administratif, dans lequel le risque est couvert par des recettes fiscales, en totalité ou pour l'essentiel, il va falloir inventer un dispositif contractuel entre la collectivité et le prestataire qui inclut un intéressement suffisant aux résultats de l'exploitation pour que l'on puisse intégrer cette notion de risques.

C'est ce qui se fait notamment en matière de restauration collective, financée à 70 ou 80 % par des contributions publiques, le délégataire n'étant alors pas rémunéré par l'usager mais directement par la collectivité, selon un dispositif qui inclut cette notion de risque. C'est sur cette base que sont conclues les conventions d'affermage de restauration collective. Le prestataire doit fournir une prestation déterminée pour un prix déterminé, son risque se situant dans la capacité qu'il a de fournir la prestation déterminée au prix convenu.

L'aléa n'est plus un aléa de marché mais devient un aléa de rapport entre la prestation et le prix.

La notion de risque a également une incidence fiscale. En effet, la récupération de la TVA sur les investissements par voie de transfert de droit à déduction au bénéfice du délégataire de service public n'est finalement possible que si l'exploitation est dite aux risques et périls.

Risque et nature de la prestation

La problématique pour un service public est liée au caractère monopolisé de la prestation.

Dans la plupart des services publics, on se trouve confronté à une prestation de caractère monopolisé : monopole de droit ou monopole de fait. Lorsqu'il y a une prestation monopolisée, le risque global de l'exploitation est mesuré. Pour des services de distribution d'eau, d'assainissement ou d'enlèvement des déchets, le caractère monopolisé de la prestation fait que les aléas de la consommation ou des coûts de production peuvent être répercutés par la voie d'une évolution de la tarification.

En fait, il s'agit d'activités sans risque, ou tout le moins sans risque majeur, pour les collectivités organisatrices. En effet, il n'y a pas de prix du marché constituant une contrainte extérieure pour le fonctionnement économique du service (mais il peut y avoir une contrainte publique ou médiatique).

Le fait que l'activité soit sans risque, ou plus exactement sans risque qui ne soit pas gérable pour la collectivité, ne signifie pas qu'il ne soit pas possible de concevoir un dispositif contractuel dans lequel le risque est pris par le délégataire. En fait, dans ce type de configuration, on doit concevoir des délégations de service public de manière telle que ce qui aurait pu être géré sans risque majeur par la collectivité soit en fait géré avec risque par le délégataire. L'instrument utilisé sera en l'occurrence le prix de la prestation puisque le système contractuel s'appuiera alors sur le maintien d'un prix au cours du contrat et, ce, en dépit des évolutions des conditions de consommation.



Il s'agit d'ailleurs d'un avantage significatif de la délégation de service public puisque le délégataire prend le risque et s'engage sur un maintien des conditions tarifaires sur la durée du contrat, ou pendant une certaine période du contrat, alors que la collectivité qui aurait assuré en gestion directe le service aurait pu, elle, être conduite à faire varier le prix de façon régulière en fonction des conditions de production et de consommation (en raison du principe d'équilibre financier des services publics à caractère industriel et commercial).

Dans ce type de prestation, l'avantage de la délégation de service public est donc de faire prendre par le délégataire le risque que la collectivité ne saurait prendre, étant entendu que ce risque se définit de façon positive ou négative.

Lorsque le service public n'est pas monopolisé, notamment parce qu'il existe des produits alternatifs, la réalité est encore plus simple.





Le risque est inhérent à l'activité. On pense ici aux parcs de stationnement, aux marchés d'approvisionnement, aux abattoirs, etc. Dans cette hypothèse, la délégation de service public d'une activité risquée s'opère finalement assez facilement puisqu'il s'agit de transférer le risque sur le délégataire, ce qui n'empêche pas celui-ci de tenter de s'en prémunir par des mécanismes contractuels. Il sera, dans ces configurations, plus difficile de trouver un délégataire.

Les systèmes de modulation des risques

Il est de tradition de qualifier les conventions de délégation de service public de conventions aux risques et périls. Cette définition correspond à une idée selon laquelle c'est le délégataire assume les risques positifs ou négatifs de l'exploitation dont il a la charge.

Cependant, le droit traditionnel des délégations de service public aboutit à une modulation du risque. Ce système de modulation s'opère de différentes manières.

La régulation par la nature du contrat

Il s'opère tout d'abord par le système contractuel choisi. Si la concession et l'affermage sont des systèmes contractuels dans lesquels le risque est théoriquement prix par le délégataire, il existe des systèmes contractuels dans lesquels le risque est partagé et qui appartiennent pourtant à la catégorie des délégations de service public. Ainsi les régies intéressées qui sont parfois à la limite de la catégorie (elles encourent le risque d'une requalification en marchés publics) sont-elles des formes contractuelles dans lesquelles le risque est partagé entre la collectivité et le délégataire.



Par ailleurs, il est bien rare que les conventions de délégation de service public, même lorsqu'elles sont qualifiées de contrats aux risques et périls, n'incluent pas un système de répartition des risques. L'un des objets les plus délicats des négociations des conventions de délégation de service public est la répartition des risques entre les deux partenaires. Que se passe-t-il face à tel ou tel risque ? Qui en assume la charge ?

Ainsi, dans la majorité des cas, les risques liés à l'évolution de la réglementation sont-ils pris en charge par la collectivité puisque le délégataire n'a pas la capacité juridique d'influer sur la gestion d'un tel risque. De façon générale, la logique veut que le délégataire assume les risques sur lesquels il a une maîtrise – totale ou partielle – le délégant assumant les autres risques, y compris ceux sur lesquels il n'a aucune maîtrise.

• **La régulation par le contrat**

Par ailleurs, le droit et la pratique des délégations de service public conduisent à des systèmes de régulation des risques en cours de contrat. Cette régulation fonctionne en fait soit au bénéfice du cocontractant, soit au bénéfice du délégant.



Dans des dispositifs dits de révision contractuelle, les contrats prévoient que, dans certaines circonstances (événements ; évolutions des tarifs ; modifications du niveau de consommation), les parties se rencontreront pour envisager des adaptations à apporter au contrat ou au prix.

Ces révisions s'opèrent en principe selon des procédures amiables. On fait alors appel à des commissions de conciliation, composées de deux membres désignés par chacune des parties, le troisième étant désigné par les deux précédents.

• **La régulation par les théories juridiques**

Dans le droit traditionnel, le cocontractant peut bénéficier de ce que l'on appelle la théorie de l'imprévision, théorie classique du droit administratif, qui signifie qu'en cas de difficulté imprévue dans l'exécution d'un contrat de délégation de service public, le délégataire a droit soit à une révision des termes du contrat, soit éventuellement à sa résiliation si les conditions économiques de son exécution ne permettent plus d'en assurer l'équilibre. Cette théorie est d'ailleurs reprise dans la plupart des conventions de délégation de service public.



Le même droit à indemnisation ou à révision fonctionne lorsque la déstabilisation de l'équilibre contractuel est le fait de l'administration contractante. Le cocontractant a alors droit à une compensation intégrale de ses dommages (ce qui n'est nécessairement le cas dans l'hypothèse de l'imprévision). Cette construction juridique est appelée la théorie du « fait du prince ».

Ce principe de régulation des systèmes contractuels est de plus en plus utilisé et ce dans un double sens.

Ces clauses sont utilisées dans deux directions. Elles peuvent être utilisées par les cocontractants pour rétablir des conditions financières d'équilibre. Elles peuvent également être utilisées, et cela est de plus en plus le cas dans les collectivités, pour éviter que des rémunérations excessives ne soient issues de l'exécution des contrats.

En effet, l'ambiance politique, les contestations qui portent sur certains contrats font que ces dispositions sont de plus en plus utilisées par les collectivités pour s'assurer du juste prix des contrats.

Pour ce faire, on a souvent usage à des formules de conciliation par des commissions dont les membres sont désignés par les parties. On assiste en fait à une atténuation de l'effectivité de la notion de risque.

Le risque – positif ou négatif – existe, mais il appelle correction, soit par le jeu du contrat, soit sur le fondement de principes jurisprudentiels.







Typologie des principaux modes de DSP : concession, affermage, régie intéressée

La concession de service public

Définition de la concession de service public

La concession de service public est l'un des modes de délégations de service public possibles. Sous le vocable délégation de service public, l'on inclut la régie intéressée dès lors que la rémunération du régisseur est considérée comme substantiellement liée aux résultats de l'exploitation, l'affermage et la concession.





La concession de service public se définit comme un contrat par lequel une personne morale de droit public confie à une personne morale de droit privé ou public la gestion/l'exploitation d'un service public dont elle a la charge et dont la rémunération du délégataire est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation grâce aux redevances perçues sur les usagers du service. Dans le cadre de la concession, le concessionnaire, en plus d'être chargé de l'exploitation d'une activité de service public, va devoir construire ou acquérir les biens nécessaires au service [23]. L'on parle dans ce cas de délégation de service public aux risques et périls du délégataire [24].

La doctrine, classiquement, fait une distinction entre la concession de service public pure, la concession mixte de travaux et service public, et la concession de travaux publics.

La concession de service public pure

Dans le cadre de la concession de service public pure le délégataire assure l'exploitation/la gestion du service public à ses risques et périls en tirant sa rémunération des redevances payées par les usagers du service, mais

23. Voir CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Rec. p. 125.
24. Voir CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Rec. p. 125.



il n'est pas tenu d'assurer l'exécution de travaux publics nécessaires à l'exécution de la mission de service public qui lui est confiée [25].

La question qui se pose alors est de savoir si le contrat en question ne peut pas être apparenté à un affermage. La réponse ne peut être que négative. En effet, dans le cadre d'un affermage, les ouvrages nécessaires à l'exécution de la mission de service public ont d'ores et déjà été réalisés par la collectivité concédante qui les met à la disposition de son fermier moyennant le versement de ce que l'on appelle la surtaxe. Dans le cadre de la concession de service public pure, le délégataire ne se voit pas mettre à sa disposition de biens de la part de la collectivité concédante, il se contente de gérer une activité de service public.

La concession mixte de service et de travaux publics

La concession mixte de service et de travaux publics se caractérise par le fait que le délégataire est chargé à la fois de l'exploitation/gestion du service public à proprement parlé mais aussi de la construction et du financement des ouvrages nécessaires à l'exécution de la mission de service public [26]. Le délégataire exploite alors le service à ses risques et périls en tirant sa rémunération des redevances payées par les usagers du service.



La concession de travaux publics

La concession de travaux publics est consacrée par le droit communautaire [27]. La notion de « concession » est définie comme un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public à l'exception du fait que la contrepartie des travaux ou des services effectués consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage ou le service, soit dans ce droit assorti d'un prix [28].

L'intérêt de la distinction entre la concession de service public pure, la concession mixte de service public et de travaux publics et la concession de travaux publics réside dans la question de la soumission de

25. Pour un exemple de concession de service public stricte, c'est-à-dire sans exécution de travaux publics, voir TA, Lyon, 19 avril 2000, *Société des autocars Vallier*, Req. n° 9904017.

26. TA, Paris, ordonnance du 2 novembre 1994, *Groupement des sociétés Eiffage*, Req. n° 9413449/6RA, à propos de la conception, de la construction de l'entretien et de l'exploitation du « Grand stade ».

27. Voir communication de la Commission sur les concessions en droit communautaire, *JOCE* C-21, 29 avril 2000. Voir *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, COM/2004/0327 final.

28. Voir *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, COM/2004/0327 final.







ces contrats aux procédures de passation tant au niveau national qu'au niveau communautaire.

Concession et règles de passation

Concession de service public pure et règles de passation

Si le droit communautaire ignore encore les concessions de service public pures – qui sont néanmoins soumises aux respects des règles et principes issus du traité CE – dans lesquelles le délégataire n'est pas chargé de la réalisation de travaux publics par la construction d'ouvrages nécessaires à l'exécution de la mission de service public, mais uniquement de l'exploitation/gestion du service public – contrairement au droit français où les concessions de services publics pures sont soumises aux règles de passation issues de la « loi Sapin » –, en revanche le droit communautaire n'ignore pas les concessions de travaux publics qui sont, elles, soumises aux règles de passation de la directive sur les marchés de travaux.

Concession mixte de travaux et service publics et règles de passation



Pour déterminer les règles de passation applicables à une concession mixte de service public qui confie au délégataire à la fois la réalisation de travaux publics et l'exploitation/gestion du service public, et notamment savoir si ledit contrat est, ou non, soumis au respect des règles issues de la directive 2004-18 [29], il convient de déterminer quelle est la part prépondérante de la prestation [30] :



– soit la part prépondérante de la prestation est la part service, le contrat lors de sa passation doit alors être soumis au respect des règles de la « loi Sapin », mais non pas aux règles de passation de la directive n° 2004-18 ;

– soit la part prépondérante de la prestation est la part travaux, le contrat lors de sa passation doit non seulement respecter les règles de passation issues de la « loi Sapin », mais est également assujetti aux respects des règles de passation de la directive n° 2004-18.

Concession de travaux publics et règles de passation

Le droit communautaire considère qu'il y a concession de travaux publics lorsque le concessionnaire se voit octroyer le droit d'exploiter

29. Voir directive n° 2004/18 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *JOUE* n° L. 134, 30 avril 2004.

30. Voir CJCE, 19 avril 1994, *Gestion Hotelera Internacional*, aff. C-391/92, Rec. 1994, p. I_01329.



l'ouvrage réalisé comme contrepartie de la construction de celui-ci. Ce droit d'exploitation peut également être accompagné d'un prix. La présence du risque d'exploitation lié à l'investissement réalisé est le critère déterminant de distinction entre la concession de travaux et le marché public.

Dans un tel cas, le contrat doit respecter les règles de passation issues de la directive 2004-18, mais n'est en revanche pas soumis aux règles de passation issues de la « loi Sapin » sur les délégations de service public au niveau interne puisque dans un tel cas le concessionnaire n'est pas chargé de l'exploitation/gestion d'une activité de service public.

	Dispositions nationales	**Dispositions communautaires**
Concession de service public pure	Respect des règles de passation de la « loi Sapin »	Non soumis à la directive 2004-18, mais respect des règles et principes issus du traité CE
Concession de travaux publics	Non soumis à la « loi Sapin »	Soumis à la directive 2004-18
Concession de travaux et service publics	Respect des règles de passation de la « loi Sapin »	Soumis à la directive 2004-18

Affermage

L'affermage se définit comme un mode de gestion dans lequel la collectivité publique « affermante » confie à une entreprise le soin d'exploiter, à ses risques et périls, un équipement déjà construit en se rémunérant directement sur l'usager par le versement d'un prix [31].

Le contrat d'affermage est un contrat de gestion aux risques et périls adapté aux équipements déjà réalisés. Il peut prendre la suite d'un contrat de concession [32].

31. Sur les trois éléments caractéristiques de l'affermage, voir l'arrêt du Conseil d'État du 29 avril 1987, *Commune d'Elancourt*, RFDA 1987, p. 525, Conclusions Robineau ; CE, 19 avril 1989, *Société des transports urbains d'Angers*, RDI 1989, p. 1794.

32. CE, Avis du 16 septembre 1999, relatif à l'adossement en matière d'autoroutes.







Nature des risques

L'affermage est un mode de gestion des services publics aux risques et périls du délégataire, appelé fermier. Le délégataire assume les aléas de l'exploitation et des travaux dont il a la charge. La collectivité ne lui assure pas de garantie, ni de recettes, ni d'équilibre d'exploitation. Cependant, comme le fermier n'a pas la responsabilité des travaux de premier établissement, le risque qu'il prend est inférieur à celui supporté par un concessionnaire.

Régime des travaux

En affermage, on l'a vu, les travaux de premier établissement ne sont pas à la charge du fermier, soit que la collectivité les assume elle-même, soit qu'ils aient déjà été réalisés.

Pour ce qui concerne les autres travaux, la répartition des travaux entre les parties varie selon les contrats. Le contrat peut, en effet, laisser à la charge du fermier, les gros travaux de renouvellement, de réparation et d'entretien. Il peut également les laisser à la charge de la collectivité : la répartition doit être conçue pour tenir compte des particularités du service comme de la volonté des cocontractants.



Régime des biens

Les équipements remis au fermier sont la propriété de la collectivité. Le fermier doit veiller au bon état des ouvrages au moment de leur remise. Les travaux d'extension, de renouvellement et d'entretien qui sont réalisés pour ces équipements le sont pour le compte de la collectivité propriétaire. Les biens correspondants appartiennent donc à la collectivité délégante. Cependant, le fermier a le droit d'amortir dans ses propres comptes les travaux dont il a eu la charge.

Comme en cas de concession, le fermier peut acquérir des biens pour son compte propre. Ces biens demeureront sa propriété à la fin du contrat, mais il pourra les céder au délégant ou à un délégataire qui viendrait à prendre sa place.

Rémunération des parties et régime financier

Le fermier perçoit le prix payé par les usagers. Cependant, une partie de ce prix qu'il perçoit est reversée à la collectivité pour permettre à cette dernière d'amortir les installations qu'elles a financées. Cette partie du prix ainsi reversée à la collectivité porte classiquement le nom de « surtaxe d'affermage ».





Les impôts et taxes d'exploitation sont normalement acquittés par le fermier. Comme dans le cas de la concession, la collectivité peut percevoir une redevance d'occupation du domaine public.

Les dispositions relatives aux droits d'entrée de la concession s'appliquent aussi aux contrats d'affermage.

Durée du contrat

Le fermier n'ayant pas à amortir ses travaux initiaux, les contrats d'affermage ne requièrent pas des durées aussi élevées que des contrats de concession. Le fermier doit cependant amortir les travaux de renouvellement, de réparation, de gros entretien et, éventuellement, d'extension et de renforcement, tels qu'ils sont prévus au contrat.

Par ailleurs, la durée du contrat doit prendre en compte les conditions d'amortissement des investissements immatériels (investissements faits en faveur du service et qui se traduisent par la création de biens : logiciels, recherche, politique commerciale…) qui peuvent être importants dans ce type de contrats.

Les dispositions législatives relatives à la durée des contrats de délégation de service public s'appliquent à l'affermage au même titre qu'à la concession.



Contrôle du délégataire

Les obligations relatives au contrôle du délégataire s'appliquent aux contrats d'affermage. Le fermier doit remettre un compte rendu annuel d'exploitation portant sur les conditions techniques et financières de fonctionnement du cocontractant. Si le fermier a en charge le fonctionnement d'un réseau de distribution d'eau potable, il doit donner au maire les informations lui permettant de présenter au conseil municipal un rapport sur la qualité de l'eau distribuée.

Régie intéressée

La régie intéressée est un mode de gestion différent, dans l'esprit, de la concession et de l'affermage. Il s'agit d'un contrat par lequel l'exploitant, le « régisseur intéressé », est chargé d'assurer l'exploitation d'un service public et d'entretenir la relation avec les usagers du service en percevant le prix acquitté par ces derniers, moyennant une rémunération qui lui est versée par la collectivité, laquelle comprend un élément fixe et un élément variable. Il ne s'agit donc pas d'un mode de gestion directe.





Nature des risques

En régie intéressée, les risques sont supportés essentiellement par la collectivité. Les risques de l'exploitant ne sont cependant par inexistants, soit qu'il ne parvienne pas à tenir son niveau de charge, soit qu'il ne tienne pas ses performances.

Régime des travaux

La régie intéressée ne comporte pas, en principe, la prise en charge par le régisseur des travaux de premier établissement. Celui-ci assume normalement uniquement les travaux de petit entretien. Néanmoins certains contrats peuvent décider de confier tout ou partie des travaux de premier établissement au régisseur.

Régime des biens : les biens sont la propriété de la collectivité. Les travaux sont toujours réalisés pour le compte du gérant, c'est-à-dire de la collectivité. Si le régisseur intéressé réalise des travaux sur les équipements dont il a la charge, à son compte, il a la possibilité de les amortir dans ses comptes.

Rémunération et régime financier





Le régisseur perçoit les recettes d'exploitation pour le compte de la régie, c'est-à-dire de la collectivité. Il expose ses charges et perçoit une rémunération destinée à couvrir ses charges fixes et à constituer sa marge.

Les contrats de régie intéressée prévoient que le régisseur doit tenir les comptes de la régie et que celle-ci doit être retracée dans les comptes de la collectivité.

Les impôts et taxes sont normalement à la charge du régisseur.

Durée du contrat

Les contrats de régie intéressée sont en principe des contrats plus courts que ceux de concession et d'affermage puisque le régisseur n'a pas la charge d'amortir des investissements lourds.

Contrôle de la collectivité

Comme les autres contrats de DSP, le contrôle de la régie intéressée s'effectue au moyen d'un compte rendu technique et financier.





Panorama des différents modes de PPP




Comparaison des systèmes juridiques français de partenariat : contrat de partenariat ; BEA des collectivités territoriales ; BEA police – justice – gendarmerie armée ; BEA – hospitalier ; convention de bail avec option d'achat liée à une autorisation d'occupation temporaire (AOT-LOA) ; DSP					
	DSP	**CP**	**BEA de droit commun et police – justice – armée**	**BEA hospitalier**	**AOT-LOA**
1 – Le droit applicable au contrat	• Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques dite « loi Sapin » codifiée aux articles L. 1411-1 à L. 1411-18 du CGCT (et R. 1411-1 à R. 1411-8 du CGCT). • Loi n° 2001-1168, 11 décembre 2001, portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier dite MURCEF. • Loi n° 95-127, 8 février 1995, relative aux marchés publics et délégations de service public • Loi n° 95-101, 2 février 1995, relative au renforcement de la protection de l'environnement dite « loi Barnier ». • Décret 93-471 du 24 mars 1993 portant application de l'article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relatif à la publicité des délégations de service public. • Décret 95-225 du 1er mars 1995 pris pour l'application de l'article 41 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques. • Décret 2005-236 du 14 mars 2005 relatif au rapport annuel du délégataire de service public local modifiant le CGCT.	• Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit. • Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat codifiée aux articles L. 1414-1 à L. 1414-6 du CGCT • Décret n° 2004-1145 pris en application des articles 3, 4, 7 et 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat codifié aux articles D. 1414-1 à D. 1414-4 du CGCT. • Décret n° 2 004-1119 portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat. • À titre indicatif : guide *Les contrats de partenariat – Principes et méthodes* de la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat.	**BEA de droit commun :** • Loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation, codification au CGCT (article L. 1311-2 et suivants du CGCT). **BEA police, justice, armée :** • Loi n° 2002-1094 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure du 29 août 2002. • Loi n° 2002-1138 d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002. • Loi relative à la programmation militaire pour les années 2003-2008 du 27 janvier 2003. • Décret 2004-18 du 6 janvier 2004 pris pour l'application de l'article L. 34-3-1 du Code du domaine de l'État. • Décret 2004-732 du 26 juillet 2004 modifiant le décret 2004-18.	• Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003. • Ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003. • À titre indicatif : *Guide du bail emphytéotique hospitalier, un outil global et innovant au service de l'investissement hospitalier* de la Mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier (MAINH).	• Loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le Code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public. • Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation pour la sécurité intérieure (LOPSI). • Loi n° 2003-73 du 27 janvier 2003 de programmation militaire. • Code général de la propriété des personnes publiques – Article L. 2122-15. • Décret 2004-18 du 6 janvier 2004 pris pour l'application de l'article L. 34-3-1 du Code du domaine de l'État. • Décret 2004-732 du 26 juillet 2004 modifiant le décret 2004-18.



	DSP	CP	BEA de droit commun et police – justice – armée	BEA hospitalier	AOT-LOA
2 – L'objet du contrat	• Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public **confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service.** Le délégataire peut être chargé de **construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service.** (article 38 de la « loi Sapin » tel que modifié par l'article 3 de la loi MURCEF et article L. 1411-1 du CGCT).	• Le CP est le contrat par lequel une personne publique confie à un tiers, une **mission globale** relative au **financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public**, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements ainsi qu'à **leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion**, et le cas échéant à d'**autres prestations de services** concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée (article 1 de l'ordonnance de juin 2004 pour l'État et article L. 1414-1 du CGCT pour les CT).	**BEA droit commun :** • Un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un BEA en vue de l'accomplissement pour le compte de la CT d'une **mission de SP** : délégation de SP, ou en vue de la réalisation **d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence** ou en vue de l'affectation à une association cultuelle d'un édifice du culte ouvert au public, ou jusqu'au 31 décembre 2010, liée aux besoins d'un service départemental d'incendie et de secours. **BEA police justice armée :** • ... jusqu'au 31 décembre 2007 liée aux besoins de la justice de la police ou de la gendarmerie nationales (article L. 1311-2 du CGCT).	• … Ainsi que d'un établissement public de santé ou d'une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale (article L. 1311-4-1 du CGCT et article L. 6148-2 CSP).	• L'État et le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public **peuvent conclure un bail portant sur des bâtiments à construire par le titulaire pour les besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales, de la formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurité civiles, des armées ou des services du ministère de la Défense et comportant, au profit de l'État, une option lui permettant d'acquérir, avant le terme fixé par l'autorisation d'occupation, les installations ainsi édifiées**.
3 – Les personnes publiques concernées	• L'ensemble des personnes publiques (article 38 de la « loi Sapin » tel que modifié par l'article 3 de la loi MURCEF et article L. 1411-1 du CGCT).	• L'État et les établissements publics de l'État, les CT et leurs établissements publics (« la personne publique », articles 1 et 14 de l'ordonnance de juin 2004 et article L. 1414-1 du CGCT).	**BEA droit commun :** • Les CT (article L. 1311-2 du CGCT) et les établissements publics de CT et les groupements de ces collectivités (article 1311-4 du CGCT). **BEA police justice armée :** • Les CT et les EPCI pour le compte de l'État en vertu de l'article L. 1311-4-1 du CGCT.	• Les CT et les EPCI (article L. 1311-4-1 du CGCT) et directement par les EPS et les structures de coopération sanitaires dotées de la personnalité morale publique	• L'État.





5 – La durée du contrat	• Durée obligatoirement limitée et déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire et lorsque les installations sont à la charge du délégataire, en fonction de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre. • Vingt ans maximum (sauf examen préalable du TPG) dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets (article 40 de la « loi Sapin » et article L. 1411-2 du CGCT).	• Durée fixée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues (maximum 99 ans).	• De 18 à 99 ans.	• De 18 à 99 ans.	• Négociation libre, en fonction de l'AOT et n'excédant pas 70 ans.
6– Évaluation préalable du contrat	• Non obligatoire.	• Complexité ou caractère d'urgence nécessaire et exposé des motifs de lancement du contrat (article 2 de l'ordonnance de juin 2004 pour l'État et article L. 1414-2 du CGCT pour les CT).	• Non obligatoire.	• Non obligatoire.	• Non obligatoire.
7 –Prescription des besoins de la personne publique	• Envoi aux candidats par la collectivité d'un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations (article 38 de la « loi Sapin » et article L. 1411-2 du CGCT).	• Programme fonctionnel (article 7 de l'ordonnance de juin 2004 pour l'État et article L. 1414-7 du CGCT pour les CT).	**BEA police justice armée :** • Demande de l'État pour police, justice et armée.	• Programme détaillé en fonction du schéma régional d'organisation sanitaire (SROS).	
8 – Contrat et domanialité publique	• Possibilité pour le délégataire de disposer d'une autorisation d'occupation du domaine public constitutive de droits réels. • Obligation de prévoir dans le cahier des charges les conditions particulières auxquelles il doit être satisfait pour tenir compte des nécessités de service public (article L. 1311-5 du CGCT et article L. 2122-11 CGPPP).	• Lorsque le contrat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée (article 13 de l'ordonnance de juin 2004 et article L. 1414-16 du CGCT).	• Bail sur une dépendance publique ou privée hors champ d'application de la contravention de voirie (article L. 1311-2 du CGCT).	• Cas de l'EPS direct : article 6148 al. 2 CSP : *idem* que BEA. • Cas de la CT : article 6148-3 CSP, respect d'une convention tripartite.	• Le titulaire a des droits réels sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier réalisés.





		• Le titulaire du contrat a, sauf stipulation contraire de ce contrat, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. • Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire. • Dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public.			
9 – Transfert de la maîtrise d'ouvrage publique	• Selon le type de contrat de DSP.	• Transfert au cocontractant de la maîtrise d'ouvrage « des travaux à réaliser » (article 1 de l'ordonnance de juin 2004 et article L. 1414-1 du CGCT).	**BEA droit commun :** • Transfert implicite résultant de l'article L. 1311-2 et suivants du CGCT. **BEA police justice armée :** • En vertu de l'article L. 1311-4-1 du CGCT, une convention État collectivité (maîtrise d'ouvrage déléguée) précise le programme technique de construction ; l'emphytéote est maître d'ouvrage.	• Dans les deux cas programme détaillé préalable et transfert implicite de la maîtrise d'ouvrage déléguée (article L. 6148-2 et 3 CSP).	• Transfert implicite.
10 – La conception de l'ouvrage	• Selon le type de contrat de DSP.	• Article 1 de l'ordonnance de juin 2004 pour l'État et article L. 1414-1 du CGCT pour les CT : il peut se voir confier la conception de tout ou partie de l'ouvrage ; dans ce cas : a) parmi les conditions d'exécution du contrat retenues par la personne publique contractante figure l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception des ouvrages et du suivi de leur réalisation ;	• Conception assurée implicitement par l'emphytéote	• Dans les deux cas parmi les critères d'attribution peut figurer : « la part du contrat que le titulaire attribuera à des architectes, des concepteurs, à des PME et des artisans » (article L. 6148-5 CSP).	• Procédure de droit commun : critères pondérés et programme de l'immeuble à construire. • Procédure négociée : critères de sélection figurant dans l'avis. • Dialogue compétitif : d'autres critères… qualité esthétique et fonctionnelle. (Voir articles 39, 40, 43, 50 à 53, 55, 62 et 76 à 78 CMP).





		b) les offres comportent nécessairement, pour les bâtiments, un projet architectural ; c) parmi les critères d'attribution du contrat figure nécessairement la qualité globale des ouvrages. • Lorsque la personne publique ne confie au cocontractant qu'une partie de la conception des ouvrages, elle peut elle-même… faire appel à une équipe de maîtrise d'œuvre pour la partie de la conception qu'elle assume (article 12 de l'ordonnance de juin 2004 pour l'État et article L. 1414-13 du CGCT pour les CT).			
11 – Obligation de publicité	• Mesures de publicité obligatoires (article 38 de la « loi Sapin » et article 1411-1 du CGCT).	• Publicité obligatoire (article 3 de l'ordonnance de juin 2004 pour l'État et article L. 1414-3 du CGCT pour le CT).	• Pas d'obligation expresse mais obligation européenne.	• Obligation (article L. 6148-5 du Code santé publique).	• Obligation de publicité.
12 – Mode de consultation	• Procédure d'appel d'offres. • Procédure simplifiée possible dans certains cas (article L. 1411-12 du CGCT). • Procédure de négociation directe prévue pour les CT dans le cas où aucune offre n'a été proposée ou n'est acceptée par la collectivité (article L. 1411-8 du CGCT).	• Procédure de dialogue compétitif en cas de complexité débouchant sur une négociation puis offre économiquement la plus avantageuse (OEPA). • Procédure d'appel d'offres simple en cas d'urgence et jugement des offres par procédure définie par le décret n° 2005-953 du 9 août 2005.	**BEA police, justice, armée** • Procédure de mise en compétition non formalisée : choix de candidats sur références et consultation type concours performantiel (architecture, process, coût). • Mode de consultation.	• Obligation de candidatures dans les deux cas et procédure de négociation (article L. 6148-5 CSP) « au terme elle peut inviter tout ou partie des candidats à présenter une offre » puis offre économiquement la plus avantageuse.	• Trois procédures : – de droit commun : appel d'offres restreint ; – procédure négociée dans certains cas limitativement énumérés ; – dialogue compétitif en cas de complexité.
13 – La sélection du contractant	• Pour l'État : négociation et choix du délégataire par l'autorité responsable de la personne publique (article 38 de la « loi Sapin »). • Pour les CT : intervention d'une commission ad hoc et choix, après négociation, par l'exécutif, puis validation par l'organe délibérant.	• Pour les CT et pour l'État : offre économiquement la plus avantageuse en prenant les critères de la consultation, ceux de l'évaluation éventuellement précisés en fin de dialogue compétitif.	• Procédure libre mais traditionnellement de type performantiel.	• En fonction des résultats de la consultation « offre jugée la meilleure » (article L. 6148-5 CSP).	• OEPA, sauf procédure négociée.





14 – Le contenu du contrat	• Contenu minimum : – durée ; – tarifs à la charge des usagers et incidence sur ceux-ci des paramètres ou indices déterminant leur évolution ; – justification des montants et modes de calcul des droits d’entrée et des redevances versées par le délégataire (article L. 1411-2 du CGCT et article 40 de la « loi Sapin ») ; – interdiction de mettre à la charge du délégataire l’exécution de services ou de paiements étrangers à l’objet de la délégation, de prévoir des droits d’entrée quand la délégation concerne l’eau potable, l’assainissement, les ordures ménagères et autres déchets (article L. 1411-2 du CGCT) ; – prohibition des clauses abusives (article L. 132-1 du Code de la consommation) et des pratiques de vente liée (article L. 122-1 du Code de la consommation).	• Douze clauses obligatoires identiques pour l’État (article 11 de l’ordonnance de juin 2004 et pour les CT et article L. 1414-12 du CGCT) : – sa **durée** ; – le **partage des risques** entre la personne publique et son cocontractant ; – les **objectifs de performance** pour la **qualité des prestations** de services et des ouvrages ; – la **rémunération du cocontractant**, les coûts d’investissement, de fonctionnement et de financement, les recettes que le cocontractant peut être autorisé à se procurer en exploitant les ouvrages ou équipements pour répondre à d’autres besoins, les modalités de paiement ; – les obligations du cocontractant ayant pour **le respect de l’affectation des ouvrages** et équipements au service public ; – les **modalités de contrôle**, le respect des objectifs de performance, les conditions dans lesquelles il respecte son **engagement d’attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des artisans** ; – les **sanctions et pénalités applicables** en cas de manquement à ses obligations, notamment en cas de non-respect des objectifs de performance ;	• Articles L. 1311-2, 3 et 4-1 du CGCT : mission de SP ou liée aux besoins…, convention non détachable, cession avec agrément de la CT, hypothèque approuvée par la CT et pour la seule garantie des emprunts, créanciers hypothécaires, faculté de substitution de la CT, autorisation de cession possible. • Convention bipartite (EPS-CT ou EPS ou CT ou État-CT) en sus du BEA contenant les engagements financiers des parties, le lieu d’implantation, le programme technique, la durée, les modalités de mise à dispositions des constructions, si crédit-bail clauses de préservation des exigences du SP.	• Article L. 6148-5 CSP. • … Le contrat peut également prévoir que la personne publique contrôlera les conditions dans lesquelles cette part sera attribuée et l’exécution des contrats qui s’y rattachent. • La répartition des risques entre chacune des parties aux baux et conventions doit être clairement identifiée. • Les baux doivent, sous peine de nullité, comporter des clauses portant sur : – leur durée, strictement adaptée à l’objet du contrat ; – la transparence et les règles de contrôle relatives aux modalités et aux éléments de calcul de l’assiette de la rémunération de l’emphytéote et leur évolution, en distinguant l’investissement, le fonctionnement et le coût financier ; – le montage financier et les garanties financières prévues ; – le contrôle de la qualité et le lien entre cette qualité et la rémunération du cocontractant, ainsi que les conditions d’application d’éventuelles sanctions ;	• Convention de bail prévoyant l’option d’acquisition avant terme des ouvrages édifiés et mise à la charge du bailleur de l’entretien et de la maintenance des bâtiments ; ensemble d’opérations éventuel ; loyer fixé en fonction du montant de l’investissement et des prestations d’entretien ; tranches fermes et conditionnelles possibles ; clause de résiliation du bail à tout moment ; mode d’entrée dans le patrimoine de l’État.





– les conditions dans lesquelles il peut être procédé, **par avenant, à la notification de certains aspects du contrat** ou à **sa résiliation**, notamment pour tenir compte de l'évolution des besoins d'innovations technologiques ou de modifications dans les conditions de financement obtenues par le cocontractant ;
– le **contrôle** qu'exerce la personne publique sur **la cession partielle ou totale du contrat** ;
– les conditions dans lesquelles, **en cas de défaillance du cocontractant**, la continuité du service public est assurée, notamment lorsque la résiliation du contrat est prononcée ;
– les conséquences de **la fin, anticipée ou non, du contrat**, notamment en ce qui concerne la propriété des ouvrages et équipements ;
– les **modalités de prévention et de règlement des litiges** et de recours à l'arbitrage.
– les modalités de contrôle des opérations ;
– les moyens d'assurer la continuité du service.




Les partenariats public-privé et le droit communautaire

Il n'existe pas, en droit communautaire (pas plus d'ailleurs en droit interne), de régime juridique unifié des « partenariats public-privé ».

La Commission a cependant publié, le 30 avril 2004, un *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions* qui trace le cadre des réflexions actuelles de la Commission. Ce document a fait l'objet d'une consultation qui a donné lieu à un rapport de la Commission publié à Bruxelles le 5 mai 2005. Suite au débat public sur le Livre vert sur les PPP, la Commission a adopté le 15 novembre 2005 une communication concernant les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions. *« La Communication PPP présente les options politiques visant à assurer une concurrence effective pour les PPP sans réduire de manière excessive la souplesse nécessaire pour concevoir des projets innovants et souvent complexes* [33]*. »*

Le Livre vert distingue les partenariats de type purement contractuel et les partenariats de type institutionnel.

On s'intéressera ici aux premiers.

La Commission relève que les contrats de partenariat public-privé se caractérisent notamment par une durée assez longue, le caractère global de la mission confiée au cocontractant (qui peut inclure la conception, la réalisation, la gestion, le financement) et une répartition des risques entre les deux parties. Elle considère qu'ils relèvent de deux logiques principales : la logique concessive et la logique de marché public.

À la lumière de ces éléments de définition, on peut regarder, en droit interne, plusieurs types de contrats comme des contrats de partenariat public-privé et préciser dans quel contexte juridique communautaire leur régime juridique s'inscrit.

33. Voir communication du 15 novembre 2005 Com 2005/569.



Partenariats de type concessif et droit communautaire

Le premier ensemble de contrats qui méritent d'être qualifiés de contrats de partenariat public-privé est constitué par *les contrats de délégation de service public*.

Ces contrats de type « concessif » ne font pas l'objet de dispositions très nombreuses dans le droit communautaire dérivé. Ceci ne signifie pas, cependant, que le droit communautaire n'encadre pas les conditions dans lesquelles ils peuvent être conclus.

En tout état de cause, en effet, *les principes fondamentaux du Traité* leur sont applicables. La Cour de justice des Communautés européennes a jugé que ces principes, notamment la non-discrimination en raison de la nationalité, imposaient, pour la passation de ces contrats, le respect de la transparence, c'est-à-dire la mise en œuvre d'une publicité adéquate de nature à susciter des offres concurrentes (CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria*, aff. C-324/98).

En outre, certains des contrats que le droit interne qualifie de délégations de service public font l'objet de *dispositions spécifiques du droit communautaire dérivé*.

C'est le cas des *concessions de travaux publics* (d'un montant supérieur ou égal au seuil communautaire), que l'article premier de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services définit comme des contrats « présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix ». (On trouve une définition identique à l'article premier de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux).



Ces contrats sont passés par les « pouvoirs adjudicateurs ». Les règles applicables à leur passation figurent au titre III de la directive 2004/18. On rappellera qu'elles prévoient des obligations de publicité et de mise en concurrence non seulement pour les contrats de concession eux-mêmes, mais aussi pour les contrats conclus par les titulaires de ces concessions. (Quant à la directive « Secteurs », son article 18 précise expressément qu'elle n'est pas applicable aux concessions conclues par les entités adjudicatrices).

Ces dispositions sont transposées en droit interne par les articles 9, 11, 11-1 et 11-2 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence







et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, dans leur rédaction issue de l'article 40 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics (et par les articles 1 à 5 du décret d'application, décret n° 92-311 du 31 mars 1992 soumettant la passation de certains contrats de fournitures, de travaux ou de prestation de services à des règles de publicité et de mise en concurrence).

Il n'y a pas là de problème particulier. Deux précisions méritent cependant d'être apportées. Tout d'abord, lorsque des contrats ont un objet mixte (travaux et prestations de services par exemple) ce qui est le cas le plus fréquent – seuls sont concernés ceux dont les travaux sont *l'objet principal* (*cf.* CJCE, 19 avril 1994, *Gestion Hotelera Internacional SA*, aff. C 331-92).

Par ailleurs, il faut souligner que certains montages contractuels complexes peuvent être requalifiés par le juge en concessions de travaux au sens des dispositions précitées. Ainsi une commune avait conclu sur un terrain lui appartenant un bail emphytéotique et une convention de financement de travaux avec une société, à charge pour celle-ci de construire un ouvrage, qu'elle exploiterait pendant les soixante ans du bail et qu'elle remettrait ensuite à la commune : le Conseil d'État a vu dans ce montage une concession de travaux (CE, Ass. 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, Rec. p. 300).



Même sur les *concessions de service public*, le droit communautaire dérivé n'est plus tout à fait muet. Les directives précitées de 2004 les définissent en effet comme des contrats « présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de services, à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix ».

On notera que cette définition ne précise pas la nature du service en cause, notamment pas s'il s'agit de ce que le droit interne appelle un service public. Ce qui compte, comme l'avait déjà montré la Communication interprétative sur les concessions en droit communautaire 2000/C 121/O2 (*JOCE* C/121 du 29 avril 2000), c'est « la présence du risque d'exploitation ». Cette définition, somme toute un peu vague, peut-être éclairée par les conclusions de l'avocat général La Pergola dans l'affaire Gemeente Arnhem (CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem/BFI Holding*, aff. C -360/96), qui distinguent quatre éléments : un service destiné à un tiers et non à l'organisme adjudicateur, un service d'intérêt général relevant institutionnellement de l'organisme adjudicateur, une rémunération tirée de la réalisation de la prestation, un risque économique pour le concessionnaire.



Les différents types de délégations de service public (concession de service public, affermage, régie intéressée) relèvent de cette définition. On ne peut exclure qu'il en soit de même pour d'autres contrats ou montages contractuels. On sait par exemple quel débat s'est noué autour des conventions d'aménagement, que la Commission tend à considérer comme des délégations de service public ou d'ailleurs, dans d'autre cas, comme des marchés publics – comme des partenariats public-privé en tout cas.

Quoi qu'il en soit, le droit communautaire dérivé ne fixe à ce jour aucune règle pour la passation des délégations de service public qui ne sont pas des concessions de travaux. Dès lors qu'ils respectent les principes généraux du Traité, les textes de droit interne ne posent donc pas de problème sur ce point.

Partenariats de type « marché public » et droit communautaire

Le droit communautaire est beaucoup plus précis pour les contrats de partenariat public-privé qui relèvent d'une logique de marché public.



Il convient d'abord de rappeler que, comme les concessions, les marchés publics sont soumis aux principes fondamentaux du Traité. Ainsi, même quand leur montant n'atteint pas les seuils communautaires, leur passation est soumise aux obligations de transparence déjà évoquées (CJCE, ord. du 3 décembre 2001, *Ben Mousten*, aff. C-59/00).

Pour le reste, le droit dérivé trace un cadre très précis, dans lequel doivent bien entendu s'inscrire les régimes juridiques de ces contrats en droit interne. À cet égard, il faut souligner que le droit communautaire a, de la notion de marché public, une conception extensive, à un double titre.

En premier lieu, sont soumis à la réglementation des marchés publics tous les « pouvoirs adjudicateurs » et, dans les secteurs de réseaux, toutes les « entités adjudicatrices ». Sont des pouvoirs adjudicateurs non seulement l'État et les collectivités territoriales, mais aussi les « organismes de droit public », c'est-à-dire les organismes, publics ou privés, qui ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général à caractère autre qu'industriel et commercial et qui dépendent d'un autre pouvoir adjudicateur, soit parce que leur activité est majoritairement financée par celui-ci, soit parce que leur gestion est soumise à un contrôle de la part de celui-ci, soit encore parce que les membres de ses organes de direction sont majoritairement





désignés par celui-ci. Quant aux entités adjudicatrices, ce sont, dès lors qu'ils se livrent à une activité d'opérateur de réseaux dans un des « secteurs », tous les pouvoirs adjudicateurs, ainsi que les entreprises publiques au sens que donne à cette notion la directive « Secteurs » et les entités qui exercent l'une des activités d'opérateur de réseaux en bénéficiant d'un droit exclusif ou spécial.

Depuis son arrêt *Mannesmann* (CJCE, 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria*, aff. C-44/96), la Cour de justice des Communautés européennes a peu à peu cerné ces notions en leur donnant une portée qui va au-delà de la lettre des textes. Elle a ainsi été amenée à juger que les OPAC et SAHLM sont des pouvoirs adjudicateurs (CJCE, 1er février 2001, *Commission c/ France*, aff. C-233/99), ce qui ne surprend pas, mais aussi qu'une entreprise commerciale peut devenir pouvoir adjudicateur, par exemple parce qu'elle a pris en charge une activité d'intérêt général (CJCE, 12 décembre 2002, *Universale Bau AG*, aff. C-470/99). La Cour juge en outre avec constance que, dès lors qu'un organisme doit être regardé, pour une part quelconque de son activité, comme un pouvoir adjudicateur, il l'est pour l'ensemble de son activité et doit donc respecter la réglementation des marchés publics pour tous ses achats.

En second lieu, la définition matérielle de la notion de marché public est, elle aussi, très large, notamment pour les marchés publics de travaux. Ceux-ci sont en effet des contrats à titre onéreux conclus par un pouvoir adjudicateur avec un opérateur économique « ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux [...] ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur ».

Cette très large extension de la notion de marché public conduit à considérer comme des marchés publics au sens communautaire (entrant par conséquent dans le champ des directives), non seulement les « marchés publics » soumis au Code des marchés publics, mais aussi beaucoup d'autres marchés et contrats qui n'en relèvent pas. Les contrats de partenariat public-privé, qui ne sont pas de type concessif parce qu'ils confient au cocontractant la mission de réaliser un certain nombre de prestations pour répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur qui le rémunère mais ne lui donne pas la responsabilité d'exploiter le service public, doivent être regardés comme des marchés publics au sens du droit communautaire et les textes qui définissent leurs régimes juridiques doivent respecter les directives marchés.

Ces contrats sont fort nombreux. On peut d'abord remarquer que certains marchés publics relevant du Code des marchés publics ou



de l'ordonnance précitée du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics (qui transpose les directives « Marchés » pour les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices qui n'entrent pas dans le champ d'application organique du Code et qui s'est substituée aux dispositions de la plus grande partie du titre II de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991, à celles de la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 ainsi qu'à celles de l'article 48-1 de la loi n° 93 -122 du 29 janvier 1993) peuvent être regardés comme des contrats de partenariat public-privé. On pense à ceux qui confient à l'attributaire le soin de construire un ouvrage et d'assurer son entretien et sa maintenance (ce qu'autorise expressément, à certaines conditions, l'article 10 du Code) : on y trouve en effet les caractéristiques rappelées plus haut du partenariat.

Toutefois, les contrats qu'on a le plus souvent coutume de qualifier de partenariats public-privé sont des contrats qui ne relèvent pas du Code des marchés publics. Celui-ci, en effet, ne permet pas le plein développement de tels partenariats, dès lors notamment qu'il implique une maîtrise d'ouvrage publique (les dispositions du Code doivent s'appliquer dans le respect de la loi n° 85-704 du 1er juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée), qu'il interdit, sauf exception, de confier au même opérateur la conception et la réalisation d'un ouvrage (pour la même raison) et qu'il exclut le paiement différé.





Les principaux contrats de partenariat public-privé qui, sans être soumis au Code, sont des marchés publics au sens du droit communautaire sont :

– les contrats de partenariat prévus par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 (même s'il n'est pas exclu que certains de ces contrats, faisant dépendre en partie la rémunération du cocontractant de l'administration de la fréquentation d'un ouvrage, transfère sur le partenaire privé une partie du risque commercial) ;

– les partenariats sectoriels prévus par la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI), la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice (LOPJI), la loi n° 2003-73 du 27 janvier 2003 de programmation pour la défense, l'ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 relative aux établissements hospitaliers, modifiée par la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 : il s'agit de marchés dérogatoires (soumis pour l'essentiel au Code des marchés publics mais dérogeant à l'interdiction posée par la loi MOP de confier au même opérateur les missions de conception et de réalisation d'un ouvrage), de conventions de bail entre l'État et le titulaire d'une autorisation



d'occupation temporaire (AOT) avec option d'achat (article L. 34-3-1 du Code du domaine de l'État), de certains baux emphytéotiques administratifs sur un bien immobilier d'une collectivité territoriale (article L. 1311-2 du CGCT), de baux emphytéotiques « hospitaliers » (articles L. 6148-2 et *sqq*. du Code de la santé publique).

Cette énumération n'a rien d'exhaustif. Un certain nombre de montages contractuels, plus ou moins complexes, méritent en effet d'être qualifiés de partenariats public-privé et, relevant d'une logique de marché public et non d'une logique concessive, doivent donc être conclus dans le respect des exigences définies par les directives « Marchés ». On peut par exemple rappeler les faits de l'affaire *Sofap-Marignan* (CE, 2 février 1994, *SA Sofap-Marignan Immobilier*, Rec. p. 94) : une commune signe pour soixante-cinq ans un bail emphytéotique permettant à un promoteur de construire, sur un terrain appartenant à la ville, un immeuble dont la moitié doit être louée à la commune pour qu'elle y installe des services municipaux, l'ensemble de l'ouvrage lui revenant à l'issue du bail. Il y a là un bel exemple de partenariat au sens du Livre vert précité.

À tous ces contrats s'imposent donc, comme le prévoient d'ailleurs les textes qui les définissent, quand ils existent, ou en l'absence de tels textes, les dispositions des directives « Marchés ». Celles-ci concernent pour l'essentiel la passation des contrats. Cependant, pour que les exigences de publicité et de mise en concurrence ne soient pas méconnues ou contournées, le droit communautaire interdit que la durée de ces contrats soit trop longue et que des avenants puissent venir en modifier substantiellement l'objet ou en bouleverser l'économie. Il en est de même en droit français où la jurisprudence exclut les durées excessives et les avenants constituant par leur ampleur de nouveaux contrats (CE, 28 juillet 1995, *Préfet de la région d'Ile-de-France c/Société de gérance Jeanne d'Arc*, p. 321). Plus généralement, il convient de veiller, comme y invite la jurisprudence de la CJCE, à ce que rien, ni dans les modalités de passation, ni dans le contenu, ni même dans l'exécution de ces contrats (on peut par exemple penser sur ce dernier point à l'appel à des sous-traitants lorsque l'attributaire du contrat est lui-même un pouvoir adjudicateur), ne puisse être regardé comme discriminatoire, notamment en raison de la nationalité des opérateurs.



Dans l'état actuel du droit, il n'existe donc pas une catégorie des « contrats de partenariat », qui relèverait d'un régime juridique encadré par le droit communautaire. Si les partenariats public-privé sont soumis aux principes et aux règles du droit communautaire, c'est dans la mesure où, quelle que soit leur dénomination, ils sont assimilés à des concessions ou à des marchés publics. Or, d'une part les limites d'une telle assimilation sont floues, d'autre part et à l'inverse



tous les marchés ne sauraient être regardés comme des partenariats public-privé. L'effort de clarification engagé par le Livre vert mérite donc d'être poursuivi. À cet égard, la Commission a considéré, dans sa communication du 15 novembre 2005 concernant les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, que la question de l'attribution des concessions ainsi que celle des partenariats public-privé institutionnalisés qui consiste en la création d'entreprises détenues conjointement par un partenaire public et un partenaire privé afin de fournir des services publics, exigeaient des initiatives de suivi au niveau européen dans un but de sécurité juridique. Sur la question de l'attribution des concessions, une initiative législative est envisagée suite à l'étude d'impact réalisée par la Commission. S'agissant des PPI, il est envisagé l'élaboration d'une communication interprétative en intégrant la jurisprudence récente de la Cour sur les relations « *in house* » (aff. C-26/03, *Stadt Halle*, du 11 janvier 2005).







Nature juridique des cocontractants

Les délégataires

La détermination des catégories d'opérateurs susceptibles d'intervenir en qualité de délégataires de service public, au sens de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, et dans les conditions prévues par celle-ci, est désormais largement conditionnée par le droit de la concurrence, et par les principes de non-discrimination et de liberté du commerce et de l'industrie qui en découlent.

Ils imposent de reconnaître aux personnes morales de droit public, de la même manière qu'aux personnes privées, la possibilité de se porter candidates aux délégations de service public relevant d'une autorité organisatrice tierce, à condition notamment que les propositions ou les offres des personnes publiques respectent les exigences d'une concurrence loyale et transparente.



On évoquera ci-après les délégataires privés, et les délégataires publics ou parapublics.

Les délégataires privés

La notion de délégataire privé est à entendre ici au sens de délégataire de droit privé dépourvu de tout lien organique avec une personne morale de droit public.

Le délégataire privé est une entreprise au sens économique du terme

La circonstance que la loi du 29 janvier 1993 précitée vise, en certaines de ses dispositions (*cf.* par exemple l'article L. 1411-8 du Code général des collectivités territoriales), le fait que le délégataire est une entreprise a pu jeter le doute sur l'assujettissement à ladite loi des délégations de service public consenties à des associations.

Il ressort d'une réponse ministérielle (*JOAN*, 14 février 1994, p. 801) que le terme d'entreprise correspond en réalité à une définition économique plus que juridique : elle vise l'ensemble des personnes physiques ou morales qui exercent, à titre habituel ou occasionnel, une activité de nature industrielle ou commerciale, dont les



associations exerçant leur activité dans les mêmes conditions qu'une entreprise industrielle et commerciale.

Le délégataire de service public est un cocontractant de la personne publique organisatrice du service public

La délégation de service public est un contrat (article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales), ce qui emporte tout d'abord l'exclusion, du champ d'application de la loi du 29 janvier 1993 précitée, des délégations ou concessions « unilatérales », au sens où les entend la communication interprétative du 12 avril 2000 de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire. Il en résulte que certains actes unilatéraux (loi, règlement) par lesquels une autorité publique confie à un tiers privé, avec le consentement de celui-ci, la gestion totale ou partielle de services publics qui relèvent normalement de sa responsabilité (*cf.* sur ce point les jurisprudences Conseil d'État, Ass. 13 mai 1938, *Caisse primaire « aide et protection »* ; Tribunal des conflits, 20 novembre 1961, *Centre régional de lutte contre le cancer* ; Conseil d'État, Sect. 22 novembre 1974, *Fédération des industries françaises d'articles de sport*), ne sont pas actuellement assujettis à la procédure de passation prévue par la loi, quand bien même les concessions unilatérales concernées rempliraient-elles par ailleurs certains critères de définition de la délégation de service public.




Ces procédés d'investiture non contractuelle conduisant à ne pas appliquer la loi de 1993, en faisant ainsi l'économie d'une mise en concurrence préalable, suscitent une méfiance croissante. Nombre d'associations locales, chargées par certaines collectivités territoriales de véritables missions de services publics en dehors de tout cadre conventionnel, et même de lien organique avec la collectivité organisatrice, s'étaient pourtant développées au cours des dernières années dans ce contexte d'opacité juridique, exposant les élus aux risques de gestion de fait ou de favoritisme. L'article 63 de la loi n° 99-586 du 12 juillet 1999, ainsi que l'article 9 de la loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001 ont favorisé la dissolution de telles structures, en autorisant la reprise de leurs personnels par les services publics administratifs des collectivités territoriales et de leurs établissements publics de coopération. Ces agents sont alors placés dans une situation contractuelle de droit public avec leur nouvel employeur, la loi précisant toutefois qu'ils sont autorisés à conserver le bénéfice des stipulations contractuelles de leur ancien contrat de travail de droit privé, à condition qu'elles ne dérogent pas aux dispositions légales et réglementaires régissant les agents non titulaires de la fonction publique territoriale. Dans le cas particulier des agents d'associations créées avant la prise d'effet d'un transfert de compétences à une collectivité territoriale ou à un établissement public de coopération, lorsqu'ils étaient en fonction à



la date de promulgation de la loi du 3 janvier 2001 précitée, celle-ci autorise néanmoins ces agents à conserver le bénéfice de leur contrat à durée indéterminée et leur dernière rémunération (réponse ministérielle à question écrite, n° 30604, *JOAN* du 9 août 2001, p. 2624).

Les délégataires publics ou semi-publics

Les délégataires exemptés de mise en concurrence

Les monopoles légaux

Conformément à l'article 41 de la loi du 29 janvier 1993 (article L. 1411-12 du CGCT), les dispositions relatives à la mise en concurrence des candidats ne s'appliquent pas lorsque la loi institue un monopole au profit d'une entreprise. Tel est actuellement le cas pour la distribution d'électricité et de gaz, en vertu de l'article 1er de la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, qui a transféré à l'époque les actifs des sociétés privées de distribution à EDF et à Gaz de France, en laissant toutefois subsister les distributeurs publics ou « semi-publics » (régies, sociétés d'économie mixte, sociétés d'intérêts collectifs agricoles pour l'électricité, coopératives d'usagers) là où ils existaient avant la nationalisation.



Les établissements publics

L'article 41 de la loi du 29 janvier 1993 (article L. 1411-12 du CGCT) prévoit également que les dispositions relatives à la mise en concurrence ne s'appliquent pas lorsque le service est confié à un établissement public et à condition que l'activité déléguée figure expressément dans les statuts de l'établissement. Cela peut viser deux hypothèses : celle de la dévolution statutaire unilatérale (tel est le cas des régies personnalisées prévues par le Code général des collectivités territoriales, ou des établissements publics de coopération, lorsqu'ils interviennent dans le cadre d'un transfert de compétence prévu par leurs statuts) ; celle de la dévolution contractuelle lorsque le contrat est passé entre l'établissement et la collectivité qui l'a créé dans le respect des conditions posées par la Cour de justice dans ses décisions récentes relatives aux prestations dites « *in house* » [34].

A contrario, il ressort de la doctrine et de la jurisprudence qu'il n'est pas possible pour une collectivité de confier par contrat la gestion d'un service public à un établissement public rattaché à une autre collectivité sans l'avoir mis en concurrence (*cf.* ci-dessous).

34. Voir affaire CJCE C-458/03 du 13 octobre 2005, *Parking Brixen* et affaire CJCE C-340/04 du 11 mai 2006, *Carbotermo et consorzio Alisei*.



Les délégataires publics ou parapublics soumis à mise en concurrence

Il faut prendre garde au fait qu'un certain nombre de délégataires sont, nonobstant leur nature de personnes morales de droit public, ou d'entités « parapubliques » (relevant du droit privé, tout en entretenant des liens organiques directs avec la collectivité organisatrice de service public), soumis à la procédure de sélection prévue par la loi du 29 janvier 1993.

Les sociétés d'économie mixte

Dans la rédaction de la loi du 29 janvier 1993 telle qu'elle avait été votée par le Parlement, les sociétés d'économie mixte échappaient à la mise en concurrence. Cette disposition a été jugée inconstitutionnelle, bien que l'article 1 de la loi du 7 juillet 1983 prévoie que l'objet social des SEML puisse être l'exploitation d'un service public à caractère industriel ou commercial. Le Conseil constitutionnel a en effet considéré que le régime dérogatoire ainsi prévu ne se justifiait ni par les caractéristiques spécifiques du statut des sociétés en cause, ni par la nature de leurs activités, ni par les difficultés éventuelles dans l'application de la loi propres à contrarier les buts d'intérêt général que le législateur a entendu poursuivre.

La loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 a tiré les conséquences de cet assujettissement, en tenant compte du fait que certaines SEML sont créées spécialement à l'effet de se porter candidates à une délégation de service public organisée par l'une des collectivités locales actionnaires. L'appréciation des garanties professionnelles de la nouvelle société ne pouvant alors être fondée sur les résultats d'une période d'activité de référence, l'article 6 de la loi (article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales) a expressément précisé que ces garanties professionnelles de la société sont appréciées notamment dans la personne des associés et au vu des garanties professionnelles réunies en son sein, les sociétés en cours de constitution ou nouvellement créées pouvant être admises à présenter une offre dans les mêmes conditions que les sociétés existantes.

L'article L. 1523-4 du Code général des collectivités territoriales, issu de l'article 12 de la loi du 2 janvier 2002 précitée, ajoute qu'en cas de mise en liquidation judiciaire de la société, le(s) contrat(s) de délégation de service public est (sont) automatiquement résiliés, et qu'il est fait retour gratuit à la collectivité territoriale ou au groupement des biens apportés par ces derniers et inclus dans le domaine de la concession (biens « affermés »).

En ce qui concerne les biens « concessifs », c'est-à-dire les biens acquis ou réalisés par la société d'économie mixte concessionnaire et





affectés au patrimoine du service délégué, le contrat de délégation de service public doit comprendre, à peine de nullité, une clause prévoyant, en cas de mise en liquidation judiciaire de la société, les conditions d'indemnisation, par la collectivité délégante, de leur partie non amortie lorsque la collectivité exerce son droit de retour ou de reprise. Le montant de l'indemnité en résultant est versé déduction faite, le cas échéant, des participations financières de la collectivité territoriale ou du groupement pour la partie non utilisée de celles-ci, et des paiements correspondant à l'exécution de la garantie éventuellement accordée pour le financement de l'opération.

Les régies, les établissements publics des collectivités autres que la collectivité organisatrice, et les établissements publics de coopération

Le premier alinéa de l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales prévoit désormais expressément la possibilité que le délégataire de service public, choisi dans le cadre de la procédure de sélection issue de la loi du 29 janvier 1993 précitée, soit un délégataire « public », c'est-à-dire une personne morale de droit public telle qu'une collectivité territoriale ou un établissement public.

L'hypothèse de contrats de concession entre personnes morales de droit public était certes antérieurement visée par des dispositions législatives ou réglementaires. Ainsi, conformément aux articles R. 2221-91 et suivants du Code général des collectivités territoriales, l'exploitation d'un ou plusieurs services d'intérêt public à caractère industriel ou commercial présentant une utilité intercommunale peut être assurée notamment par une seule commune agissant à l'égard des autres communes comme concessionnaire. Pour chacun des services concédés, une convention accompagnée d'un cahier des charges est alors passée entre la commune qui doit exploiter le service et celles qui le lui confient. Les rapports des communes concédantes avec la commune concessionnaire sont réglés par la convention et le cahier des charges. Les textes précités précisent qu'il ne peut être alloué à la commune concessionnaire, par les communes concédantes et pour l'exploitation du service concédé, d'autres avantages financiers que ceux qui sont prévus par la convention ou par le cahier des charges.

Par ailleurs, l'article L. 5721 et suivants du Code général des collectivités territoriales relatifs aux syndicats mixtes prévoit la possibilité, pour les communes, départements, chambres de commerce et d'industrie et établissements publics de se grouper sous forme de tels syndicats pour l'exploitation, par voie de convention (par voie de concession selon l'ancien article L. 324-4 du Code des communes), de





services publics présentant un intérêt pour chacune des personnes morales en cause [35].

Ces dispositions étaient toutefois muettes sur la procédure de passation de la convention. Il a pu alors être parfois admis, que, nonobstant les liens contractuels unissant la personne publique organisatrice et la personne publique délégataire, l'application de la procédure de sélection prévue par la loi du 29 janvier 1993 n'était opposable qu'aux délégataires de droit privé.

Une telle interprétation ne paraît plus de mise. Conformément à la rédaction susmentionnée de l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales, et après la doctrine administrative (réponse ministérielle à question écrite, Assemblée nationale, 27 juin 1994, n° 11468, p. 3298 ; *JO* Sénat, 25 janvier 1996, n° 12055, p. 154), la jurisprudence a entériné à son tour la soumission de plein droit à la loi de 1993 et au droit de la concurrence des délégations de service public auxquelles une personne morale de droit public se porte candidate. Le juge administratif a notamment eu l'occasion de préciser que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle, par lui-même, à ce qu'un établissement public se porte candidat à l'obtention d'une délégation de service public proposée par une collectivité locale (Conseil d'État, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*), à condition toutefois que l'établissement public intervenant pour le compte d'un tiers ne s'écarte pas de sa spécialité statutaire (Cour administrative d'appel de Nantes, 20 mars 2000, *Centre hospitalier de Morlaix*).

En toute hypothèse, lorsque des établissements publics exercent une activité susceptible d'entrer en concurrence avec celle d'entreprises privées – notamment lorsqu'ils l'exercent en exécution d'un contrat dont la passation était soumise à des obligations de publicité et de mise en concurrence – ils sont tenus à des obligations fiscales comparables à celles auxquelles sont soumises ces entreprises privées, et assujettis à l'obligation de pouvoir justifier (notamment par une comptabilité analytique appropriée) de la réalité économique du prix qu'ils proposent dans le cadre de cette mise en concurrence (avis du Conseil d'État du 8 novembre 2000, *Société J.-L. Bernard Consultants*).

35. La voie conventionnelle ici évoquée est alors, du point de vue de la relation entre l'établissement public de coopération et les collectivités adhérentes, une alternative au mécanisme classique du transfert de compétence au profit de l'EPC, qui demeure le droit commun de la coopération intercommunale et ne peut être assimilé à une délégation de service public qui lui serait consentie (*cf.* point « Les établissements publics » ci-dessus).









Le contenu des contrats de partenariat public-privé

Chapitre 2









Poursuivant l'objectif de protection des deniers publics et de prévention de la corruption, le législateur et le juge ont apporté un certain nombre de restrictions à la liberté contractuelle [36] dont dispose l'ensemble des personnes publiques.

Parce qu'ils revêtent tous la qualité de contrat administratif, ces contrats de partenariat public-privé sont tout d'abord soumis au respect des règles du droit administratif. À titre d'exemple, on peut rappeler que le juge considère qu'un contrat doit, pour lier la collectivité qui l'a signé, avoir un objet identifié et licite ainsi qu'une durée [37].

À côté de ce socle commun déjà très dense, chacun de ces contrats doit obéir à des règles qui lui sont propres.

Ce sont ces prescriptions minimales que nous nous attacherons à présenter ci-après.

Le contenu des conventions de délégation de service public

Depuis les lois de décentralisation et la reconnaissance de la liberté d'administration au profit des collectivités territoriales, celles-ci n'ont plus l'obligation de se référer à des cahiers des charges types.

36. CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, Rec. 33.
37. CE, 28 mars 1980, *Société Cabinet 2000*, RDP 1981, 523.







L'État, en revanche, doit encore respecter un certain nombre de cahiers des charges types (cahiers des charges pour la concession de transport de gaz à distance, cahier des charges type pour la concession par l'État à EDF du réseau d'alimentation générale…).

Mais indépendamment de la nature de l'autorité délégante, est interdite ou imposée l'insertion de certaines clauses dans les conventions de délégation de service public.

Ces règles, principalement issues de la « loi Sapin », portent sur la durée du contrat et sur certaines clauses financières. Le droit de la consommation a également des impacts sur le contenu de ces contrats.

Obligations relatives à la durée du contrat

Stipulation obligatoire de la durée

Destiné à mettre un terme aux abus apparus relativement à la durée des contrats, l'article 40 de la « loi Sapin », codifié à l'article L. 1411-2 du CGCT est venu réglementer de façon assez précise la durée des conventions de DSP.




Plusieurs points sont désormais encadrés.

Le premier principe posé par l'article L. 1411-2 alinéa 1er du CGCT est que « les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée ».

Sont donc interdites les conventions sans limitation de durée, qui apparaissaient trop contraires aux intérêts des collectivités publiques.

Dans un arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes [38], le juge a justifié cette interdiction par deux principes, d'une part par le **principe de l'adaptabilité du service public**, et d'autre part par les atteintes que la durée illimitée porterait aux règles générales destinées à assurer le respect des **principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures**, puisque l'absence de limitation de la durée du contrat empêche toute remise en concurrence, ce qui est manifestement illégal.

Il s'agit là d'une clause qui revêt une importance particulière, puisque l'absence de stipulation limitant la durée d'un contrat a pour effet **d'entacher de nullité l'ensemble de ses clauses**.

38. CAA Nantes, 27 juin 2003, *Commune de Contres*, AJDA 2004, p. 820, note Dreyfus.



Le législateur a assorti ce principe d'une **méthode de calcul** : celle-ci est déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire, ainsi que, le cas échéant, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser. La durée ne pouvant en tout état de cause dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre.

Cette méthode de calcul laisse une assez grande liberté d'appréciation aux parties, qui devront trouver la durée suffisante pour permettre la rentabilité économique de l'opération.

Toutefois, concernant les secteurs de l'eau, de l'assainissement et du traitement des déchets, il est précisé que le contrat ne peut excéder vingt ans, sauf accord du trésorier-payeur général.

Sur la durée des DSP, le juge administratif n'exerce qu'un **contrôle restreint** donc limité à la censure de l'erreur manifeste d'appréciation (CE, 22 novembre 1997, *Sté BC*, Req. n° 116416).

La **prolongation** est par ailleurs strictement encadrée, puisque sont limitativement prévus les cas où celle-ci peut être justifiée : pour des motifs d'intérêt général (prolongation maximale d'un an) ou lorsque des investissements matériels non prévus au contrat initial et nécessaires à la bonne exécution du service public ou à l'extension de son champ géographique, viennent modifier (et non bouleverser) l'économie générale du contrat.

Cet article prévoit également que lorsque la prolongation est rendue nécessaire pour l'un des deux motifs précédemment énoncé, celle-ci ne peut intervenir qu'après un vote de l'assemblée délibérante.

L'interdiction des clauses de tacite reconduction

Les rédacteurs d'un contrat de DSP ne peuvent insérer dans le contrat une clause de tacite reconduction.

Les clauses de tacite reconduction sont des clauses dont l'application emporte automatiquement **naissance d'une nouvelle convention**, sans que le formalisme qui a présidé au premier contrat ne soit nécessaire.

Cette caractéristique, qui la distingue de la prolongation [39], a été rappelée à plusieurs occasions par le Conseil d'État [40] (« le contrat

39. À la différence de la tacite reconduction, la prolongation se rapporte bien au contrat initial dont elle permet la continuation.

40. CE, 29 novembre 2000, *Commune de Païta*, RCDSP, mars 2001, n° 12, p. 43-60, note G. Guiavarc'h.



résultant de l'application d'une clause de tacite reconduction a le caractère d'un nouveau contrat… »).

Si l'interdiction de ce type de clause n'est pas expressément mentionnée dans le Code général des collectivités territoriales, il n'en reste pas moins que leur illicéité ne fait aucun doute.

En effet, en premier lieu, le CGCT, en ne mentionnant dans son article L. 1411-2 que la prolongation du contrat, semble d'emblée exclure la possibilité d'insérer dans le contrat une clause de tacite reconduction.

L'illicéité des clauses de tacite reconduction peut également se déduire de l'avis rendu par le Conseil d'État le 27 juin 1996 [41].

Le Conseil d'État, saisi de la question de savoir si les dispositions de l'article 40 de la « loi Sapin » faisaient obstacle à la reconduction tacite des conventions conclues antérieurement à la promulgation de cette loi, a estimé que « ... la tacite reconduction équivaut à la passation d'un nouveau contrat. Elle ne peut s'opérer que dans la mesure où les dispositions législatives et réglementaires en vigueur à la date à laquelle elle intervient ne s'y opposent pas » et qu'« il en résulte que les clauses des contrats en cours prévoyant un tel renouvellement ne peuvent plus, depuis l'entrée en vigueur de la loi, recevoir application ».





Et s'il n'existe à l'heure actuelle de décision se prononçant explicitement sur l'illégalité des clauses de tacite reconduction dans les contrats de DSP, il ne fait guère de doute que la jurisprudence « Commune de Païta » rendue à propos d'une clause de tacite reconduction insérée dans un marché public peut sans difficulté être étendue à l'ensemble des contrats dont la passation est soumise au respect d'obligations de publicité et de mise en concurrence.

Ces dispositions relatives à la durée des contrats ont été complétées par des dispositions relatives aux mécanismes financiers.

Obligations relatives aux dispositions financières

Les clauses tarifaires

Insertion obligatoire de clauses tarifaires

L'article 4 de la loi du 8 février 1995 a ajouté à l'article 40 de la « loi Sapin » un sixième alinéa qui a rendu obligatoire l'insertion de clauses tarifaires dans les conventions de DSP.

41. CE, Avis du 27 juin 1996, *Transports scolaires*, n° 358862 et 359274.



L'article 40, codifié à l'article L. 1411-2 du CGCT, dispose en effet désormais que « la convention stipule les tarifs à la charge des usagers et précise l'incidence sur ses tarifs des paramètres ou indices qui déterminent leurs évolutions ».

N'est donc plus permise la clause, selon laquelle le délégataire pouvait lui-même, sous réserve de respecter le principe d'égalité des usagers, fixer des tarifs inférieurs au prix plafond mentionné dans le contrat.

La détermination du prix du service ou du montant de la redevance ne peut plus désormais être laissée à la discrétion du gestionnaire du service public [42]. Les tarifs constituent en effet l'un des éléments d'organisation et de fonctionnement du service public, dont la collectivité publique, autorité délégante, conserve la maîtrise.

Ces clauses par lesquelles va être fixé le prix de vente de la prestation fournie par l'opérateur, revêtent une importance particulière puisque ce sont elles qui, en conditionnant les recettes, vont directement déterminer l'équilibre financier du contrat.

Contenu des clauses tarifaires

Les prix fixés par les clauses tarifaires contenues dans les conventions de délégation de service public relèvent des dispositions de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence (désormais codifiée à l'article L. 410-2 du Code de commerce).

Néanmoins, des exceptions au principe de liberté existent, notamment dans le domaine de la distribution d'électricité ou de gaz, des transports publics urbains de voyageurs, des cantines scolaires.

En effet, pour ces secteurs, la fixation des tarifs ou leur évolution est largement encadrée par l'État [43].

De plus, plusieurs principes s'imposent aux parties lors de la négociation contractuelle des clauses tarifaires d'une convention de DSP.

Elles doivent ainsi respecter la proportionnalité entre le prix du service et son coût, ce qui signifie que le prix doit correspondre à une **contrepartie** pour l'usager, et doivent également respecter le **principe d'égalité**.

42. CAA Lyon, 20 mai 1999, *SA Comalait Industrie*, n° 95LY0075.

43. Décret n° 90-1029 du 20 novembre 1990 réglementant le prix du gaz combustible vendu à partir des réseaux publics de transport de distribution
Décret n° 88-850 du 29 juillet 1988 relatif au prix de l'électricité
Décret n 2000-672 du 19 juillet 2000 relatif aux prix de la restauration scolaire pour les élèves de l'enseignement public







Au cours de la vie du contrat, le prix de la prestation fournie aux usagers (mètre cube d'eau, quantité de chaleur, heure de stationnement…) qui est établi à la date du début d'exécution du contrat est susceptible d'évoluer.

L'article L. 1411-2 du CGCT impose que les modalités de cette évolution soient indiquées dans le contrat.

Deux modalités de variations des tarifs sont envisageables : l'indexation automatique (procédure automatique d'évolution du prix résultant de l'application à des dates convenues d'une formule, spécifiée préalablement dans le contrat, aux variations exogènes d'un indice officiel [44]) et la révision périodique (procédure exceptionnelle, intervenant dans des cas qui, s'ils peuvent avoir été identifiés préalablement dans le contrat, ont une occurrence qui échappe largement aux parties).

S'agissant des clauses d'indexation, les contrats de DSP doivent respecter les dispositions de l'article L. 112-1 du Code monétaire et financier, qui interdit toute indexation fondée sur le niveau général des prix, ainsi que celle fondée sur une référence n'ayant pas de rapport direct avec l'objet de la convention ou avec l'activité de l'une des parties [45].





Une modification des clauses tarifaires peut également se faire par avenant, mais l'article L. 1411-6 du CGCT prévoit que toute modification par avenant du périmètre financier du contrat d'une valeur de plus de 5 % doit faire l'objet d'un avis de la commission de délégation des services publics et d'un vote de l'organe délibérant.

Nature juridique des stipulations tarifaires

Ces stipulations contractuelles relatives au tarif des redevances dues par les usagers présentent un **caractère réglementaire** [46] et peuvent, de ce fait, faire l'objet d'un recours en annulation de la part des tiers [47].

Les clauses relatives aux contributions financières versées par le délégataire au délégant

Poursuivant l'objectif de mettre un terme aux pratiques « douteuses » révélées par la commission Bouchery, le législateur a introduit à l'article L. 1411-2 du CGCT deux règles de portée différente :

44. « Droit public de la régulation économique » Bertrand du Marais, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004.

45. RM, *JOAN*, Déb. Parl., Q., 13 septembre 1999, p. 5372, n° 32109.

46. Voir, par exemple, CE, 29 décembre 1997, *Bessis*, AJDA, 1998, p. 287.

47. CE, 10 juillet 1996, *M. Cayzeele*.



– « les conventions de DSP ne peuvent contenir de clauses par lesquelles le délégataire prend à sa charge l'exécution de **services** ou de **paiements étrangers à l'objet** de la délégation » ;

– « les **montants et les modes de calcul des droits d'entrée et des redevances** versées par le délégataire à la collectivité délégante doivent être **justifiés** dans ces conventions. **Le versement par le délégataire de droits d'entrée est interdit quand la délégation concerne l'eau potable, l'assainissement ou les ordures ménagères et les autres déchets** ».

L'interdiction des charges indues

Cette interdiction, motivée par l'objectif que les recettes commerciales ne soient utilisées pour un objet autre que le fonctionnement du service [48], est rappelé spécifiquement pour les travaux réalisés dans le cadre des concessions des communes et de leur groupement, et des départements aux articles L. 2222-1 et L. 3241-2 du CGCT.

Les versements du délégataire doivent donc être étroitement corrélés avec l'objet du contrat.

Le juge a ainsi condamné le versement d'une somme globale (CE, 30 septembre 1996, *Société stéphanoise des Eaux*, Rec. Lebon, p. 355).



Droits d'entrée et redevances

Le 5e alinéa de l'article L. 1411-2 du CGCT impose que les droits d'entrée et les redevances qui sont versées par le délégataire à la collectivité publique soient justifiés dans la convention de DSP.

Il est ajouté que « le versement par le délégataire de droits d'entrée à la collectivité délégante est interdit quand la délégation concerne l'eau potable, l'assainissement ou les ordures ménagères et autres déchets ».

La première remarque qui peut être faite sur ces deux catégories de versements est que ni l'un ni l'autre n'ont été définis par la « loi Sapin ».

Si la notion de redevances peut être définie en référence au droit commun des redevances pour service rendu, comme des sommes payées régulièrement, pendant toute la durée du contrat, et qui trouvent leur contrepartie, soit dans un service rendu du délégataire par la collectivité, soit dans des charges – d'investissements ou de

48. Voir CE, Ass. 30 octobre 1996, *Wajs et Monnier*, Rec. Lebon, p. 387.







fonctionnement – supportées par le délégant [49], la notion de droits d'entrée soulève des difficultés d'interprétation, car elle ne fait l'objet d'aucune définition par les textes ni par la jurisprudence.

Cette absence de définition entraîne une insécurité juridique puisque la pratique des droits d'entrée peut être limitée voire interdite.

Pour mieux cerner cette notion, il convient donc de se référer à la définition qu'en donne la doctrine.

Ainsi, Bertrand du Marais définit le droit d'entrée comme une somme forfaitaire, versée par l'opérateur, en général en début de contrat, éventuellement en plusieurs fois, du seul fait de l'obtention du contrat. Selon lui, les droits d'entrée sont ainsi justifiés lorsqu'il s'agit de rembourser des sommes réellement dépensées par la collectivité, dans l'intérêt du service, et qu'il est équitable de faire supporter par le nouvel opérateur.

Ces versements peuvent notamment avoir pour objet le transfert des emprunts de la collectivité, le remboursement des subventions, ou la contrepartie d'un droit d'exploitation.

S'agissant des redevances versées par le délégataire à la collectivité, elles peuvent répondre à un souci de rémunération de l'occupation du domaine public ou de la mise à disposition de biens dans le cas d'affermage, à la volonté de la collectivité de participer aux résultats de l'exploitation de façon à éviter un déséquilibre en faveur du délégataire, ou de permettre le financement des actions de contrôle.

Que le contrat prévoit le versement d'une redevance ou d'un droit d'entrée, celui-ci doit être justifié dans la convention. Cette disposition insérée par le législateur pour clarifier les relations entre le délégant et le délégataire et assurer à ce titre une transparence financière est appliquée strictement par le juge. Dans l'arrêt Porelli, il a en effet opéré une application stricte de cette disposition en jugeant que les montants et modes de calcul des droits d'entrées et des redevances versées par le délégataire doit figurer expressément dans le texte de la convention et que les explications que pourraient éventuellement apporter ensuite les cocontractants devant le juge sont sans portée.

49. *Droit public de la régulation économique*, Bertrand du Marais.



Soumission des clauses du contrat de DSP au respect du droit de la consommation

Plusieurs arrêts récents ont entraîné une évolution du droit applicable aux services publics. Le droit de la consommation, longtemps ignoré du juge administratif, fait en effet désormais parti des normes juridiques que les gestionnaires de service public doivent prendre en compte dans la réglementation et le fonctionnement de leurs activités.

Ainsi sont désormais interdites dans les contrats de DSP les clauses abusives [50], étant entendu que « le caractère abusif d'une clause s'apprécie non seulement au regard de cette clause elle-même mais aussi compte tenu de l'ensemble des stipulations du contrat et, lorsque celui-ci a pour objet l'exécution d'un service public, des caractéristiques particulières de ce service » [51].

Il est également interdit d'insérer dans le contrat des clauses qui subordonneraient la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ou qui subordonneraient la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit.



Cette interdiction découle de l'article L. 122-1 du Code de la consommation dont les dispositions s'appliquent « à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public [52] ».

Néanmoins, le juge administratif a rappelé à plusieurs reprises que l'application du droit de la consommation doit nécessairement être combinée avec les exigences du service public, qui peuvent justifier pour les usagers – qui ne sont pas des consommateurs « ordinaires » – certaines contraintes.

50. Article L. 132-1 du Code de la consommation.

51. CE, 11 juillet 2001, *Société des Eaux du Nord*, Req. n° 221458. Contrats Marchés publ. 2001, chron. n° 13.

52. Article L. 113-2 du Code de la consommation qui reproduit l'article L. 410-1 du Code du commerce.





Le contenu des BEA et des conventions de bail avec option d'achat liée à une autorisation d'occupation temporaire

Les baux emphytéotiques administratifs (BEA)



Pour permettre la stabilisation de la situation de l'exploitant et la mise en valeur économique du domaine public, l'article 13 de la loi du 5 janvier 1988, codifié à l'article L. 1311-2 du CGCT a ouvert la possibilité aux personnes publiques locales de conclure sur leur domaine public et privé des BEA.

La LOPSI [53], puis l'ordonnance du 4 septembre 2003 de simplification sanitaire [54] ont étendu la possibilité de conclure des BEA aux opérations d'intérêt général liées aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales, ainsi que d'un établissement public de santé ou d'une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique (ci-après EPS).

Ces baux conclus pour répondre à des besoins autres qu'à ceux de la collectivité locale bailleresse sont soumis, en ce qui concerne leur contenu, aux dispositions s'appliquant aux BEA « classiques » mais également à des dispositions spécifiques.

Les dispositions relatives au contenu du BEA « classique »

Clause relative à la durée

S'agissant de la durée, il convient de se référer aux dispositions de l'article L. 451-1 du Code rural qui dispose que le bail doit être



53. Loi nº 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure.

54. Ordonnance nº 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation.





consenti pour plus de dix-huit années et ne peut dépasser quatre-vingt-dix-neuf ans. Il précise en outre qu'il ne peut se prolonger par tacite reconduction.

Dans le cas où le BEA est associé à une convention de DSP, il est nécessaire de combiner ces dispositions avec celles de l'article L. 1411-2 du CGCT, qui prévoit que la durée des DSP doit être déterminée « en fonction des prestations demandées au délégataire » et en tenant compte « de la nature et du montant de l'investissement à réaliser ». La durée ne peut excéder, en tout état de cause, « la durée normale d'amortissement des installations ».

Clauses relatives à la redevance

Aucune disposition législative ou réglementaire n'impose à la collectivité publique de prévoir le versement d'une redevance par le cocontractant, néanmoins la mise à disposition gratuite d'une dépendance domaniale ne peut être admise qu'au profit d'un occupant qui, par ailleurs, assume une mission de service public.

Cette interdiction découle de l'impossibilité pour les collectivités publiques de consentir une libéralité au profit d'un administré.

Le juge étendant les dispositions de l'article R. 56 du Code du domaine de l'État qui prévoit que la redevance « doit tenir compte des avantages de toute nature procurés au concessionnaire » en déduit que le montant est fixé d'après la valeur locative d'une propriété comparable, mais aussi d'après les avantages spécifiques procurés, et notamment la rentabilité de l'exploitation [55].

Clauses relatives aux missions constituant l'objet du contrat

Pour limiter les dérogations au principe d'inaliénabilité du domaine public, le législateur a conditionné la conclusion de tels baux à la poursuite de deux finalités.

Les personnes publiques locales ne peuvent en effet conclure un BEA sur leur domaine public ou privé qu'en vue de l'accomplissement d'une « **mission de service public** ou en vue de la réalisation d'une **opération d'intérêt général** relevant de sa compétence ou, jusqu'au 31 décembre 2007, liée aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales ainsi que d'un établissement public de santé ou d'une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique ».

55. Voir par exemple, CE Sect. 18 décembre 1959, *Ville de Nantes*, Rec. 696.







Le rédacteur des clauses du bail devra donc s'attacher à faire ressortir l'une de ses deux finalités.

Le juge a en effet considéré qu'un conseil municipal ne pouvait légalement consentir à une association un bail emphytéotique portant sur une dépendance du domaine public communal, dès lors qu'« aucune stipulation du contrat de bail ni aucune convention séparée n'assigne d'obligation de service public à l'association » [56].

Légalité des clauses de fin anticipée

Le contrat peut comporter des clauses de fin anticipée, et notamment de résiliation unilatérale par la personne publique, soit à titre de sanction, soit pour des motifs d'intérêt général. Le Conseil d'État [57] a jugé que l'existence d'une telle clause, exorbitante du droit commun, ne disqualifiait pas le bail emphytéotique.

Les dispositions spécifiques aux BEA conclus pour des besoins autres que ceux de la collectivité bailleresse



Un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut donc désormais et **jusqu'en décembre 2007**, faire l'objet d'un BEA en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général liée aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales ainsi que d'un établissement public de santé ou d'une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique (ci-après EPS).



Le législateur a accompagné ces cas particuliers de recours au BEA d'une série de mesures spécifiques portant sur le contenu du bail lui-même, mais également sur les conventions accompagnant celui-ci.

Dispositions communes aux conventions non détachables des BEA à objet spécifique

- **Obligations relatives au contrat de crédit-bail accompagnant le BEA**

L'article L. 1311-4-1 du Code général des collectivités territoriales laisse, pour les travaux et bâtiments mis à disposition pour les besoins de la justice, la police, la santé, la faculté de recourir au contrat de crédit-bail, il impose néanmoins que celui-ci comporte des **clauses permettant de préserver les exigences du service public**.

56. TA Marseille, 21 décembre 1990, *Grangeon*, Req. n° 391443, DA 1991, n° 520.
57. CE Sect. 25 février 1994, *SA Sofap-Marignan Immobilier*, Req. n° 144641 et 145406.

• Obligations relatives à la convention entre l'État ou l'EPS et la collectivité ou l'établissement propriétaire

L'article **L. 1311-4-1** du CGCT impose que soit conclue une convention liant l'État ou l'EPS et la collectivité ou l'établissement propriétaire, qui doit notamment préciser :

– les engagements financiers des parties ;

– le lieu d'implantation de la ou les constructions projetées et le programme technique de construction ;

– la durée ;

– les modalités de la mise à disposition des constructions.

Dispositions spécifiques aux BEA répondant aux besoins d'un établissement de santé ou d'une structure de coopération sanitaire

• Contenu du BEA « hospitalier » (BEA-H) [58]

L'ordonnance de simplification sanitaire n° 2003-850 du 4 septembre 2003, a étendu les possibilités de conclusion d'un BEA à la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de la compétence d'un établissement public de santé ou d'une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique.

Un BEA poursuivant une telle finalité est soumis au respect des articles L. 6148-3, L. 6148-4 et L. 6148-5 du Code de la santé publique, qui organise, avec plus de précision, que celui applicable aux BEA « classiques », le régime juridique applicable à ces contrats.

Ainsi, l'article L. 6148-5-3 du Code de la santé publique prévoit que les BEA-H doivent, à peine de nullité, comporter des clauses portant sur :

– leur durée, strictement adaptée à l'objet du contrat ;

– la transparence et les règles de contrôle relatives aux modalités et aux éléments de calcul de l'assiette, de la rémunération de l'emphytéote et leur évolution, en distinguant l'investissement, le fonctionnement et le coût financier ;

– le montage financier et les garanties financières prévues ;

– le contrôle de la qualité et le lien entre cette qualité et la rémunération du cocontractant, ainsi que les conditions d'applications d'éventuelles sanctions ;

– les moyens d'assurer la continuité du service.

58. Pour une analyse détaillée du BEH : *Le guide du bail emphytéotique hospitalier, un outil global et innovant au service de l'investissement hospitalier*, MAINH, février 2005.






L'article L. 6148-5-2 du Code de la santé publique impose, par ailleurs, que soit clairement identifiée la répartition des risques entre chacune des parties aux baux et conventions.

Le Code de la santé publique (article L. 6148-2) prévoit en plus, pour **les baux conclus par les établissements publics de santé ou les structures de coopération sanitaire pour répondre à leurs propres besoins**, qu'ils peuvent comporter une clause leur permettant d'acquérir, avant le terme fixé par le bail, les installations rénovées ou édifiées par le titulaire du bail.

• Dispositions relatives au contenu de la convention entre l'EPS et le titulaire du bail

Le Code de la santé publique impose que soit conclue, concomitamment au BEA et en plus de la convention entre l'EPS ou et la collectivité ou l'établissement propriétaire qui est prévue par le CGCT, une convention liant l'établissement public de santé ou la structure de coopération sanitaire et le titulaire du bail, propriétaire des équipements.

À l'instar de la convention prévue par le CGCT, cette convention doit contenir un certain nombre de dispositions.



L'article **L. 6148-3** du Code de la santé publique précise que la convention doit contenir les éléments suivants :

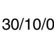
– les engagements respectifs du propriétaire et de l'établissement public de santé ou de la structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique et, notamment, la durée et les modalités de location et les conditions dans lesquelles le loyer est révisé ;

– les obligations respectives des parties en matières d'entretien et d'adaptations éventuelles des locaux au respect des conditions techniques de fonctionnement des établissements de santé ;

– le régime de responsabilité des parties.

Les conventions de bail avec option d'achat liée à une AOT

La loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (dite LOPSI) a ouvert, au profit de l'État, une nouvelle modalité de financement des bâtiments affectés à la justice, à la police, ou à la gendarmerie nationales.





La loi n° 2003-73 du 27 janvier 2003 a, par la suite, étendu le bénéfice de ces dispositions aux armées et services du ministère de la Défense.

En effet, le nouvel article L. 34-3-1 du Code du domaine de l'État permet désormais à l'État de délivrer à des opérateurs privés une autorisation d'occupation temporaire de son domaine public en les chargeant de construire, pour les besoins de la justice, de la police nationale, de la gendarmerie nationale, des armées ou des services du ministère de la Défense des immeubles que l'État prend à bail avec option d'achat anticipé.

Le contenu des contrats composant ce montage contractuel complexe sera étudié successivement.

L'autorisation d'occupation temporaire

Poursuivant le même objectif de valorisation du domaine public que la loi du 15 janvier 1988, la loi du 25 juillet 1994 [59] a ouvert la possibilité à l'État de conférer une autorisation d'occupation privative de son domaine public constitutive de droits réels, apportant ainsi une nouvelle dérogation au principe d'inaliénabilité du domaine public.

Cependant, si la finalité poursuivie est la même, la loi de 1994 est beaucoup plus souple que la loi de 1988 puisque la condition liée à l'accomplissement d'une « mission de service public » ou d'une « opération d'intérêt général » par le titulaire du bail emphytéotique disparaît concernant l'État et ses établissements publics.



Clause relative à la durée du contrat

De façon classique, l'article L. 34-1 du Code du domaine de l'État impose que la durée de l'autorisation soit fixée dans le titre. Celle-ci est déterminée « en fonction de la nature de l'activité et de celle des ouvrages autorisés, et compte tenu de l'importance de ces derniers, sans pouvoir excéder soixante-dix ans ».

Clauses facultatives

Le législateur a par ailleurs prévu un certain nombre de dispositions qui s'appliqueront dans le silence du contrat.

59. Loi n° 94-631du 25 juillet 1994 relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, codifiée aux articles L. 34-1 à L. 34-9 du Code du domaine de l'État.





Il laisse néanmoins la possibilité aux cocontractants de choisir une autre option que celle prévue par la loi et permet également de préciser de façon contractuelle les dispositions législatives.

Ainsi, l'article L. 34-3 du Code du domaine de l'État prévoit que le titre d'occupation **peut** prévoir le **maintien en état** des ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier à l'issue du titre.

L'insertion d'une telle clause dans le titre fera obstacle à l'application de l'article L. 34-3 CDE qui prévoit que ceux-ci doivent être démolis, soit par le titulaire de l'autorisation, soit à ses frais.

L'autorité compétente peut néanmoins également déroger à ces dispositions en renonçant en tout ou partie à leur démolition.

Ce même article prévoit également la possibilité pour les rédacteurs du titre de préciser les **règles de détermination de l'indemnité**, qui sera versée au titulaire du titre en cas de retrait de l'autorisation pour un motif autre que l'inexécution de ces clauses et conditions.

La convention de bail avec option d'achat anticipé

Le législateur est resté relativement succinct sur le contenu de cette convention. Il convient de se référer au décret du 6 janvier 2004 pris pour l'application de l'article L. 34-3-1 du Code du domaine de l'État [60] pour obtenir plus de précisions sur les clauses devant figurer dans ce contrat.

Ces textes ont prévu des clauses obligatoires et des clauses facultatives.

Clauses obligatoires

- **Clauses permettant de préserver les exigences du service public**

Il s'agit là de la seule obligation à valeur législative. C'est l'article L. 34-3-1 du Code du domaine de l'État qui prévoit que le bail avec option d'achat anticipé conclu entre l'État et le titulaire de l'AOT et portant sur des bâtiments à construire par le titulaire pour les besoins de la justice, à la police nationale, de la gendarmerie nationale, des armées ou des services du ministère de la Défense et comportant, au profit de l'État doit comporter des **clauses permettant de préserver les exigences du service public**.

60. Décret n° 2004-18 du 6 janvier 2004 pris pour l'application de l'article L. 34-3-1 du Code du domaine de l'État modifié par le décret n° 2004-732 du 26 juillet 2004.





Cette obligation a été précisée par l'article 5 du décret précité, qui prévoit que la convention doit comporter une **clause autorisant l'État à résilier le bail à tout moment**, notamment si le bailleur ne se conforme pas à ses obligations ou, si du fait de ce dernier, la continuité du service public ne peut plus être assurée.

Il faut noter que lorsqu'elle est motivée par un manquement du bailleur à ses obligations, la mise en œuvre de la clause mentionnée précédemment emporte retrait de l'autorisation d'occupation temporaire consentie au bailleur. Ce retrait est notifié selon les modalités prévues aux I et II de l'article R. 57-6 du Code du domaine de l'État.

- **Clause prévoyant au profit de l'État une option d'achat anticipé**

La convention de bail doit comporter, au profit de l'État, une option lui permettant d'acquérir, avant le terme qu'elle fixe, les ouvrages édifiés par le bailleur.

- **Clause relative à la durée de la convention de bail**

Aucune disposition n'impose d'insérer dans la convention de bail de clause fixant la durée du contrat. Cela s'explique par le fait que le sort de la convention de bail est lié à celui de l'AOT délivrée par la personne publique. Il est en effet prévu que le bail prend fin de plein droit lorsque l'autorisation d'occupation temporaire cesse de produire effet ou fait l'objet d'une résiliation avant le terme fixé (article 5 du décret précité).

- **Clause relative au loyer versé au bailleur**

L'article 4 du décret précité précise les modalités de calcul du loyer que l'État devra verser.

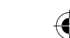
Il est ainsi prévu que le **loyer** est fixé en fonction du **montant de l'investissement consenti par le bailleur et du mode de financement de l'opération** et comprend une **part correspondante à l'amortissement du capital investi**.

Il tient également compte, le cas échéant, des **prestations de services et de maintenance** des bâtiments et installations qui devront être assurées par le bailleur.

Les modalités de détermination du loyer devront être rédigées avec un soin particulier car celles-ci conditionneront la procédure de passation applicable.

L'article 10 prévoit en effet que lorsque le montant du loyer prévu par la convention est déterminé principalement par le montant des travaux à réaliser et que celui de l'opération est inférieur à un







montant fixé par arrêté du ministre chargé de l'Économie, les offres sont librement négociées par l'État sur la base des critères de sélection figurant dans l'avis d'appel public à concurrence.

Il en va de même lorsque le montant du loyer prévu par la convention de bail est déterminé principalement par le montant des prestations de services attendues du bailleur et que celui de l'opération est inférieur à un montant fixé par arrêté du ministre chargé de l'Économie.

• Clauses relatives à l'entrée des bâtiments et installations dans le patrimoine de l'État

L'article 5 du décret précité prévoit que le bail fixe les **conditions dans lesquelles les bâtiments et installations entrent dans le patrimoine de l'État**, selon les cas à la date de la résiliation de la convention de bail lorsqu'elle emporte retrait de l'autorisation d'occupation temporaire, ou au terme de cette autorisation.

Clauses facultatives

• Clauses mettant à la charge du bailleur l'entretien et la maintenance des bâtiments et installations



L'article 1er du décret n° 2004-18 du 6 janvier 2004 pris pour l'application de l'article L. 34-3-1 du Code du domaine de l'État prévoit, en premier lieu, la possibilité d'insérer dans la convention de bail des **clauses mettant à la charge du bailleur l'entretien et la maintenance des bâtiments et installations**.



• Clauses à insérer dans le cas où le contrat comporte une tranche ferme et une ou plusieurs tranches conditionnelles

L'article 4-1 précise que la convention de bail peut être conclue sous forme d'un contrat comportant une tranche ferme et une ou plusieurs tranches conditionnelles. Dans ce cas, le contrat définit la **consistance**, le **loyer** et les **modalités d'exécution des prestations de chaque tranche**.

Cet article précise que les prestations de la tranche ferme doivent constituer un ensemble cohérent et qu'il en est de même des prestations de chaque tranche conditionnelle, compte tenu des prestations de toutes les tranches antérieures.

Les cocontractants devront également prévoir dans la convention de bail **les conditions dans lesquelles sera notifiée la décision de l'autorité administrative** qui est nécessaire à l'exécution de chaque tranche conditionnelle.



Enfin, le cahier des charges, ou le règlement de la consultation, devra prévoir, pour le cas où l'État renonce à affermir une tranche conditionnelle et décide d'indemniser le bailleur, les conditions dans lesquelles sera modifié le montant du loyer versé au titulaire de la convention de bail à raison de la tranche ferme.

Contrat de crédit-bail

Le crédit-bail, qui est prévu à l'article L. 313-7 du Code monétaire et financier, est une pratique consistant à faire acheter un équipement par une entreprise de crédit qui en sera propriétaire durant la durée d'amortissement.

Le recours à cette technique de financement privé par le titulaire d'une AOT est strictement encadré par le Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP).

En effet, l'article L. 2122-13 CGPPP n'autorise le crédit-bail que pour la construction d'ouvrages privés réalisés dans l'intérêt de l'occupant mais pas pour des ouvrages publics affectés à un service public ou affectés directement à l'usage du public, ainsi que les travaux exécutés pour le compte d'une personne publique dans un but d'intérêt général.





L'article L. 2122-16 CGPPP déroge à cette interdiction générale en permettant pour le financement des bâtiments construits pour les besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales, de la formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurité civiles, des armées ou des services du ministère de la Défense, la conclusion d'un contrat de crédit-bail.

Dans ce cas, le contrat doit comporter des **clauses permettant de préserver les exigences du service public**.

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2002-460 du 22 août 2002, a précisé que « s'agissant des exigences du service public, le contrat de crédit-bail devra comporter des clauses approuvées par l'État et lui permettant de faire obstacle à ce que les prérogatives du crédit-bailleur ne soient incompatibles avec le bon fonctionnement du service public ».



Le contenu des contrats de partenariat

L'article 11 de l'ordonnance du 17 juin 2004 précise de manière plus détaillée que les contrats précédemment étudiés le contenu des contrats de partenariat.

Néanmoins, si la présence de ces clauses est requise à peine de nullité, leur contenu reste librement déterminé par les cocontractants.

L'article 11 de l'ordonnance, codifiée pour les collectivités locales à l'article L. 1414-12 du CGCT, impose que soient insérées dans le contrat, des clauses portant sur [61] :



• la durée, les modalités de calcul de celle-ci sont précisées par l'article 1er de l'ordonnance (article L. 1414-1 du CGCT) qui prévoit que celle-ci doit être déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues ;

• les conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre la personne publique et son cocontractant. Il faut noter que la répartition de certains risques (notamment les risques de construction, de demande et de disponibilité) aura des incidences sur la comptabilisation des engagements souscrits par la personne publique selon les normes Eurostat de Système européen de comptabilité (SEC) ;

• les objectifs de performance assignés au cocontractant, notamment en ce qui concerne la qualité des prestations de services, la qualité des ouvrages et équipements, les conditions dans lesquelles ils sont mis à la disposition de la personne publique, et, le cas échéant, leur niveau de fréquentation. Ainsi que la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat l'a souligné dans son guide, les indicateurs choisis pour mesurer les performances techniques et/ou de fréquentation du partenaire privé devront être mesurables de manière objective et ce pendant toute la durée du contrat. Le soin attaché à la rédaction de ces clauses est d'autant plus important que l'éventuelle non-réalisation de ces objectifs commandera la mise en jeu éventuelle des pénalités qui doivent également être prévues par le contrat (voir ci-dessous) ;



61. Pour une analyse détaillée du contenu du contrat de partenariat : *Guide sur les contrats de partenariat établi par la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (MARCP)*.



• la rémunération du cocontractant, les conditions dans lesquelles sont pris en compte et distingués, pour son calcul, les coûts d'investissement, de fonctionnement et de financement et, le cas échéant, les recettes que le cocontractant peut être autorisé à se procurer en exploitant les ouvrages ou équipements pour répondre à d'autres besoins que ceux de la personne publique contractante, les motifs et modalités de ses variations pendant la durée du contrat et les modalités de paiement, notamment les conditions dans lesquelles, chaque année, les sommes dues par la personne publique à son cocontractant et celles dont celui-ci est redevable au titre de pénalités ou de sanctions font l'objet d'une compensation. Cette clause qui permet une vision plus claire et plus transparente des éléments composant la rémunération du partenaire privé revêt une importance particulière au niveau local dans la mesure où c'est à partir de celle-ci que sera calculé le montant de FCTVA dont bénéficiera la personne publique locale contractante (article L. 1615-12 du CGCT) ;

• les obligations du cocontractant ayant pour objet de garantir le respect de l'affectation des ouvrages et équipements au service public dont la personne publique contractante est chargée et le respect des exigences du service public. Cette obligation se retrouve par ailleurs à l'article 13 de l'ordonnance (article L. 1414-16 du CGCT) qui prévoit la constitution de droits réels sur des ouvrages construits sur le domaine public « dans les conditions et les limites par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public » ;




• les modalités de contrôle par la personne publique de l'exécution du contrat, notamment du respect des objectifs de performance, ainsi que des conditions dans lesquelles le cocontractant fait appel à d'autres entreprises pour l'exécution du contrat, et notamment des conditions dans lesquelles il respecte son engagement d'attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des artisans. En ce qui concerne les sous-traitants auxquels il est fait appel pour la construction des ouvrages et équipements, une clause fait obligation au titulaire du contrat de partenariat de constituer une caution leur garantissant le paiement au fur et à mesure de la réalisation des travaux, dans un délai maximum de quarante-cinq jours à compter de la réception de ceux-ci ;

• les sanctions et pénalités applicables en cas de manquement à ses obligations, notamment en cas de non-respect des objectifs de performance, de la part du cocontractant ;

• les conditions dans lesquelles il peut être procédé, par avenant ou, faute d'accord, par une décision unilatérale de la personne publique, à la modification de certains aspects du contrat ou à sa



résiliation, notamment pour tenir compte de l'évolution des besoins de la personne publique, d'innovations technologiques ou de modifications dans les conditions de financement obtenues par le cocontractant.

Une formalité supplémentaire, similaire à celle applicable aux avenants aux contrats de DSP, pour les collectivités territoriales et à leurs établissements publics a été insérée dans le CGCT. En effet, le paragraphe 4 de l'article L. 1414-12 CGCT prévoit en effet, que tout projet d'avenant entraînant une augmentation du montant global du contrat supérieur à 5 % doit être soumis pour avis à la commission prévue à l'article L. 1414-6. L'assemblée délibérante ou l'organe délibérant qui autorise la conclusion du projet d'avenant est préalablement informé de cet avis.

• au contrôle qu'exerce la personne publique sur la cession partielle ou totale du contrat ;

• aux conditions dans lesquelles, en cas de défaillance du cocontractant, la continuité du service public est assurée, notamment lorsque la résiliation du contrat est prononcée ;

• aux conséquences de la fin, anticipée ou non, du contrat, notamment en ce qui concerne la propriété des ouvrages et équipements ;





• aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française.

Il faut noter, enfin, que lorsque le contrat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée.

Il est prévu par l'article L. 1414-16 du CGCT que le titulaire du contrat a, dans cette hypothèse et dans le silence du contrat, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise.

Les contractants conservent donc la possibilité d'insérer dans le contrat une clause prévoyant que le partenaire ne disposera d'aucun droit réel sur le domaine en question.



La passation du contrat

Chapitre 3











Choix du mode de gestion et réversibilité

La Charte des services publics locaux, signée le 16 janvier 2002, affirme dans son troisième objectif celui de favoriser le libre choix par les élus du mode de gestion des services publics locaux et la réversibilité de ce choix.





Cette question se pose de plusieurs façons, en premier parce que la durée des contrats de gestion déléguée est souvent supérieure à celle du mandat des élus qui décident de leur passation, en second parce que la préservation de la liberté de choix et de l'indépendance dans le champ technique n'est pas toujours synonyme d'efficacité technique, cette dernière supposant généralement la mise en commun de moyens qui peuvent être stratégiques, en troisième parce que la liberté de choix ne s'exerce normalement qu'à l'issue de contrats dont la durée est généralement longue si elle doit être optimisée pour des motifs de savoir-faire, de retour d'expérience ou d'assurance qualité, ou encore d'amortissement technique ou financier.

Enfin, la question du libre choix du mode de gestion se pose en des termes juridiques lorsqu'il s'agit de mettre fin de façon anticipée à un contrat en cours d'exécution où selon le motif de l'expiration – faute, force majeure, imprévision, intérêt général – les modalités de résolution du contrat seront différenciées.

Liberté d'administration

Le libre choix du mode de gestion des services publics locaux est un principe général découlant des articles 1, 34 et 72 de la Constitution



de 1958 relatifs à la liberté d'administration des collectivités territoriales [62].

Ce libre choix a reçu des atténuations légales tant pour le choix du mode de gestion que pour celui de l'opérateur. Il en est ainsi de la concession obligatoire à Électricité de France ou à Gaz de France pour la gestion des réseaux de distribution d'électricité ou de gaz existant (loi du 8 avril 1946 modifiée par la loi du 10 février 2000) en dehors des réseaux exploités en 1946 par des régies ou organismes assimilés [63] ; pour les réseaux nouveaux, cette obligation demeure en électricité alors que pour le gaz, les autorités organisatrices peuvent mettre en concurrence le choix de l'opérateur sans que Gaz de France ne puisse s'opposer à la desserte des zones rentables [64]. Ces conditions particulières sont d'ailleurs prévues dans la « loi Sapin » dans sa partie relative aux délégations de service public [65].

Si le mode de gestion est généralement choisi librement, il convient de signaler les conditions mises au choix du contrat de partenariat pour gérer un service public [66] qui ne peut s'appliquer à la fois qu'à des projets urgents ou complexes et qui doit présenter un intérêt économique par rapport à une solution de maîtrise d'ouvrage publique ou de régie.

Si le libre choix du mode de gestion est donc généralement assuré, s'accompagne-t-il du libre choix de l'opérateur ? oui, en cas de gestion directe si l'organe exploitant est dit « *in-house* » et qu'il n'associe pas de partenaires privés [67], non, en cas de gestion déléguée au sens large : délégation de service public, contrat de partenariat et contrats assimilés, marchés publics spécifiques, sociétés d'économie mixte.

Il convient cependant de noter que le recours à la gestion directe n'est libre que dans le cas où la régie est l'émanation de la collectivité organisatrice du service. Dans le cas contraire, la régie doit être mise en concurrence selon la procédure adaptée au mode de gestion choisi [68].

Après ce premier examen des conditions du choix des modes de gestion mettant en évidence les disparités, il apparaît nécessaire

62. Voir décision du Conseil constitutionnel : DC 79-104 du 23 mai 1979.

63. Article 23 de la loi du 8 avril 1946.

64. Article 50 de la loi n° DDOEF du 2 juillet 1998.

65. Article 41 de la loi n° 92-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

66. Article 2 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004.

67. Arrêt CJCE c-26/03 du 11 janvier 2005, *Ville de Halle* – NL.

68. CE, 20 mai 1998, *Communauté de communes de Piémont-Barre*, Req. n° 188239.





d'écrire, d'associer ou de compléter le droit particulier des services publics locaux, en y intégrant les mécanismes économiques de long terme, dans le respect des droits fondamentaux : équité, non-discrimination, transparence, proportionnalité…

Les orientations de la Charte des services publics locaux

Pour permettre le libre choix des modes de gestion et leur réversibilité, la Charte propose d'améliorer la transparence et la pertinence des choix en harmonisant les conditions de compétition entre les modes de gestion – identification des différenciations, harmonisation des conditions, prise en compte des disparités résiduelles.

Ces mesures d'harmonisation devront porter aussi bien sur les conditions fiscales, sur les charges sociales que sur les conditions de transfert des personnels ou encore sur les conditions d'information ou d'évaluation.





Pour guider le libre choix du mode de gestion, une évaluation comparative doit être menée dans tous les cas même si elle n'est obligatoire que pour le contrat de partenariat [69]. La comparaison sera facilitée par l'emploi d'indicateurs de performance [70].

La facilitation des comparaisons ne renseigne pas sur l'efficacité relative des modes de gestion et la réversibilité des solutions. Les résultats observés sont en effet la résultante consolidée des disparités de calcul, des conditions d'environnement et de la qualité de gestion divisée, elle-même, entre la qualité liée au mode de gestion et la qualité propre aux acteurs considérés. Il convient cependant de constater que les solutions sans transfert des actifs notamment immobiliers à l'opérateur sont fortement génératrices de réversibilité ; la délégation de service public stipule que tous les biens immobilisés matériels et immatériels exploités par l'opérateur dès lors qu'ils sont indispensables à la gestion du service public sont des biens de retour appartenant *ab initio* à l'autorité organisatrice et relevant de son domaine public.

La Charte préconise également la gestion contractuelle afin de faciliter la définition des objectifs et le contrôle des résultats obtenus.

69. Article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 précitée.

70. Première proposition de batteries d'indicateurs par l'IGD dans l'eau et l'assainissement – juin 2004. Indicateurs en cours de préparation pour les déchets et pour les transports publics urbains.



Cette gestion contractuelle permet également de clarifier les responsabilités en distinguant les fonctions opérationnelles confiées à l'opérateur qui peuvent être déléguées de 0 % à 100 % des fonctions de maîtrise publique qui ne sont nullement délégables.

La mise en œuvre de la réversibilité suppose, en outre, que tous les modes de gestion aient une réelle comparabilité non seulement par les règles qui leur sont applicables mais aussi par leur performance intrinsèque.

L'objet du présent exposé n'est pas de prendre position sur ce point mais les questions d'efficacité au sens large sont à poser pour identifier les dimensions d'une gestion durable : innovation, sécurité, risques, environnement, social, dialogue, évaluation, valorisation du patrimoine, recettes fiscales, externalité, intégration et valorisation de l'opérateur.

Les contraintes économiques au libre choix et à la réversibilité

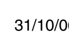


Parce que les entreprises spécialisées importantes et les accords de longue durée permettent de faire ce qui n'est pas accessible avec des moyens traditionnels et des contrats courts, il convient d'analyser les contreparties de cette efficacité en terme de liberté de choix.

La mise en commun de moyens, la couverture de risques, l'amortissement d'ouvrages importants et de haute technicité, la recherche de maturité par accumulation d'expériences, rendements croissants avec la taille, diminution des coûts de transaction par des contrats globaux, cet ensemble de facteurs pousse à traiter avec des entreprises de taille importante sur de longues durées.

Cette solution va conduire à ce que les moyens de l'entreprise soient communs aux services de multiples autorités organisatrices : communication, dépannage, assurance, études, astreinte, conduite et pilotage, personnels…

La capacité à isoler l'exploitation locale au sein de l'entreprise va se restreindre avec le temps au point que cette notion devient secondaire chez les opérateurs qui n'ont plus de comptabilité sociale par contrat (compte de résultats, financement et bilan) ; seuls restent en place la comptabilité sociale reflétant la propriété des actifs et les flux financiers qu'elle génère : travaux immobilisés, dettes clients, patrimoine si provisionnement en renouvellement. Les autres éléments financiers sont appréhendés de manière économique dans une comptabilité conventionnelle.





L'ensemble des éléments de comptabilité sociale ou conventionnelle devrait correspondre aux cadres présentés dans les échéanciers prévisionnels intégrés aux offres remises à l'occasion du choix de l'opérateur.

Un autre élément essentiel pour la réversibilité sera la structure de l'autorité organisatrice et sa capacité à exercer sa mission de maîtrise publique. Cette organisation sera très différente selon que la gestion du service sera déléguée ou non. Une organisation qui pose le choix en terme d'efficacité exprimée en objectifs clairement définis et résultats mesurés vis-à-vis des acteurs – usager/consommateur, citoyen/contribuable, autorité organisatrice/responsable économique, opérateur/employeur – surmonte le débat de la gestion déléguée en assemblant les « briques » mobilisables localement pour un résultat optimisé du service et des externalités qu'il génère. Cette approche suppose de hautes compétences en terme d'analyse, de réduction et de transfert de risques et la capacité à choisir et qualifier le contrat d'une manière à obtenir la reconnaissance de l'ensemble des acteurs en particulier du contrôle de légalité, des instances de contrôle et des usagers.

En résumé, tout choix qui sera responsable parce que durable dans le sens où le long terme n'aura pas été sacrifié aux résultats de long terme (prix/qualité/patrimoine) trouvera sa réversibilité car la somme des flux financiers en jeu reste sensiblement constante à efficacité et valorisation patrimoniale comparables. L'objectif sera, en particulier, de détecter les pertes d'efficacité et les prélèvements ou aides qui peuvent perturber le système dans le temps et donc risquer de remettre en cause les choix initiaux faute d'atteindre les résultats attendus.

Une autre dimension des choix est celle de la mise en concurrence préalable.

La pression à la généralisation de cette dernière est de plus en plus forte : ouverture des marchés, nature des activités, dimensionnement des aides d'État. Cette pression s'exercera à terme également sur le choix des modes de gestion pour lequel l'évaluation préalable risque dans certaines circonstances d'être jugée insuffisante.

L'IGD a établi un rapport sous l'égide de Christian Babusiaux, président de section à la Cour des comptes, visant à identifier les distorsions de concurrence et à proposer des mesures d'harmonisation entre les différents modes de gestion. Ce rapport très complet permet d'approfondir la problématique de la liberté de choix des modes de gestion et de la réversibilité de ce choix.

L'évaluation

L'évaluation comparative des contrats de partenariat a été instituée par les Britanniques lors de la mise en place de la politique dite de *Private Finance Initiative*. Il s'agissait de déterminer par une comparaison entre un projet en régie et un projet confié au secteur privé quel était le meilleur choix économique et qualitatif pour la collectivité et les usagers.

L'idée a été reprise par la plupart des instances gouvernementales qui ont été créées au cours des années 90 dans les pays qui ont institué des politiques de PPP. La France n'a pas échappé à l'idée qu'il fallait justifier le recours à ce type de contrat par voie de comparaison entre un contrat de commande publique classique et cette forme partenariale de gestion publique.

Que demande la réglementation en matière de comparaison ?




La première partie de l'évaluation : le projet de la collectivité est-il urgent ou/et complexe ?

L'article L 1414-2 prévoit une première évaluation relative au projet lui-même afin de considérer son urgence et ou sa complexité.

L'urgence du projet motivée par un retard

C'est la première question que se pose la collectivité : il faut se référer à ce sujet à ce qui est dit dans les arrêts du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel. La collectivité définit son besoin, elle connaît les attentes de ses administrés et les retards d'équipement qui la concernent. C'est à elle qu'il appartient de préciser quel ensemble de constructions et de service elle entend obtenir de la part du secteur privé, et de préfigurer succinctement la prestation qu'elle veut obtenir.

L'urgence n'est pas limitée par le caractère fautif de la gestion administrative passée comme le soulignent les décisions du Conseil constitutionnel :

• **La décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 :** « les ordonnances prises sur le fondement de l'article 6 de la loi déférée devront réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des



motifs d'intérêt général **tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable**, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé. »

• **La décision 2004-506 DC du 2 décembre 2004 :**

18. Considérant qu'il résulte des termes mêmes de cette décision que l'urgence qui s'attache à la réalisation du projet envisagé est au nombre des motifs d'intérêt général pouvant justifier la passation d'un contrat de partenariat, dès lors qu'elle **résulte objectivement, dans un secteur ou une zone géographique** déterminés, **de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave affectant la réalisation d'équipements collectifs**…

Le fait de passer un CP pour rattraper un retard d'équipement local, quelle qu'en soit la cause, est donc juridiquement fondé.

La complexité du projet

L'autre voie pour recourir au CP est fondée sur le fait que la collectivité ne dispose pas de tous les éléments pour apprécier si son besoin peut être satisfait de façon plus ou moins avantageuse selon une procédure ou une autre. La collectivité publique doit donc exposer les motifs d'intérêt général qui soutiennent le projet en tenant compte des caractéristiques du service déterminé.

Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs précisé dans sa décision 2004-506 DC du 2 décembre 2004 :

18. Considérant qu'il résulte des termes mêmes de cette décision… qu'il en va de même de la complexité du projet, lorsqu'elle est telle que, comme l'énonce le a) des deux articles critiqués, « la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet ».

Le premier membre de phrase (« *objectivement en mesure de définir seule et à l'avance* ») est actuellement interprété par l'administration comme découlant du projet lui-même qui comporte des éléments d'une telle difficulté que la collectivité ne sait pas exactement comment faire par une voie classique. Toutefois, on ne peut pas totalement éliminer dans cette phrase les éléments de carence propre de la collectivité face au projet qu'elle s'est fixé.

Concernant le deuxième morceau de phrase (« *les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet* ») il semble qu'on puisse considérer qu'elle se pose la





question de « la réponse du marché » et qu'elle attend des moyens innovants, inconnus, imbriqués et complexes en eux-mêmes. Est considéré comme complexe, en droit, le projet en lui-même. La complexité ne résulte pas de l'incapacité de la collectivité.

La collectivité est donc bien amenée **à définir le degré de complexité** de son projet :

– une chose est de construire une piscine gérée par la collectivité ;

– une autre est de réaliser, en partenariat, un centre de loisirs avec des services, du personnel et des objectifs de gestion et de coût…

Le principe de liberté de gestion des collectivités locales prend tout son sens ici. Il est raisonnable de penser que cette première phase d'évaluation sera considérée par la jurisprudence comme un élément global laissé à l'appréciation de la collectivité sans excéder l'erreur manifeste d'appréciation.

Le programme fonctionnel

Bien que non défini précisément dans l'ordonnance il fonde toute la procédure. Il est donc nécessaire de bâtir un programme fonctionnel au début du projet de partenariat qui servira à **l'évaluation** puis à la passation du contrat.




Il doit indiquer les fonctions et performances attendues du contrat

C'est à la personne publique qu'il appartient **de définir les attentes fonctionnelles** de la prestation qu'elle entend acquérir. Elle doit préfigurer le service global sous sa forme complexe, déléguée, contractuelle (c'est son choix et son attente) qui bien entendu devra couvrir les fonctions du CP telles que définies par l'ordonnance :

– financer, concevoir, construire et offrir un service de gestion, exploitation et maintenance ;

– leur assigner des niveaux de performance : définir les délais de chaque prestation, la qualité, le savoir-faire, le type de service minimum, les éventuelles astreintes, les interventions de réparation…

L'évaluation s'effectue sur la base du descriptif du programme fonctionnel

Il est clair que la triple comparaison des modes de dévolution de contrats (marché public, éventuellement DSP et CP) en termes de coût, de performances et de risques va être menée à partir du programme fonctionnel.



Cette comparaison est obligatoire selon l'ordonnance mais elle doit prendre en compte le fait qu'il n'y a rien de commun entre acheter un équipement public classique et concevoir une nouvelle forme de prestation globale comprenant la construction, le financement et le service.

Les hypothèses de coût pour la collectivité, selon le mode de dévolution choisi, sont très différentes ne serait-ce que par l'étalement du paiement.

La deuxième partie de l'évaluation préalable

La comparaison de différentes solutions

La collectivité connaît son besoin et dispose d'un programme fonctionnel, il lui faut vérifier l'intérêt de lancer un contrat de partenariat (article L. 1414-2, al. b).

À l'inverse du système britannique du « comparateur de secteur public » qui est utilisé lors de trois phases successives (au début de la procédure, en cours de passation du contrat puis lors de l'attribution de celui-ci) la phase d'évaluation du CP est menée avant de lancer la procédure.

La personne publique doit donc :

– premièrement délimiter le champ de l'étude de différentes solutions, par exemple : solution en régie ; solution en DSP ; solution en marché public ; solution en CP ;

– deuxièmement établir un tableau des différentes solutions comparatives : en coût global ; en termes de performances et en partage des risques.

Une approche en termes de gestion

Au stade où se situe l'évaluation, c'est-à-dire après le programme fonctionnel et avant la consultation, la collectivité :

– peut avoir défini complètement son projet, ou chercher quel va être le meilleur ;

– peut avoir quelques connaissances du prix du service, ou ne pas en connaître de similaire ;

– peut avoir une comptabilité analytique, ou ne pas en avoir ;

– peut connaître les prix du marché, ou être en attente de dialogue avec le privé ;

– posséder des éléments vraiment chiffrés de comparaison ou non.



L'évaluation se ramène donc en partie à **un choix de mode de gestion** et elle procède aussi d'un souhait d'organisation qui consiste à comparer des approches traditionnelles en régie à la solution de faire gérer contre paiement public un équipement et un service aux contours globaux, par exemple la construction et la gestion d'une résidence de personnes âgées **incluant les dépenses dans le temps** pour le chauffage, la climatisation, et les services de repas, la section de cure médicale le personnel de soins.

Quelles sont les méthodes et les sources documentaires ?

Le guide IGD

L'IGD a développé un guide intitulé : *Évaluation des contrats globaux de partenariat*, publié en mars 2004 (supplément du *Moniteur* du 26 mars 2004) qui offre un modèle mathématique pour la comparaison des procédures contractuelles en introduisant la valeur du temps et l'impact budgétaire des deux procédures d'achat.

Le guide de la MAINH





Le guide publié par la Mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier (MAINH) comporte aux pages 17 à 45 de son édition de février 2005, une remarquable étude intitulée : « Le comparateur BEH/Contrats séparés ». Elle distingue les délais des procédures, les coûts prévisionnels, les risques, les coûts financiers, et les aspects qualitatifs des deux options s'agissant des constructions hospitalières.

Le guide de la MAPPP

Ce guide publié en avril 2005 comporte un chapitre relatif (chapitre 2, pages 25 à 53) aux justifications économiques et juridiques du recours au contrat de partenariat qui donne des outils de méthodologie quantitatifs et qualitatifs incluant le tableau ci-dessous qui résume les données quantitatives comparées au moyen d'un calcul comparatif en valeur actualisée nette (VAN).



Maîtrise d'ouvrage publique	Contrat de partenariat
Coûts directs de l'investissement + Coûts indirects de l'investissement + Coûts directs de la maintenance et de l'exploitation + Coûts indirects de la maintenance et de l'exploitation - Recettes éventuelles d'exploitation + Coûts cachés et aléatoires	
= Coût global de l'opération en MOP	**Coût global de l'opération en MOP**
	+ Surcoûts de montage + Surcoûts de financement + Surcoûts fiscaux + Surcoûts liés au transfert des risques + Marge du secteur privé (Gains sur la maîtrise d'ouvrage (Gains réalisés sur la conception/construction – Gains réalisés sur l'exploitation – Gains liés au transfert des risques (Gains réalisés sur le maintien de la valeur patrimoniale – Recettes complémentaires issues de l'exploitation **= Montant total estimés des versements**
Coût global actualisé en MOP	**– Coût global actualisé en contrat de partenariat**
Différence	= Gains/pertes nés d'une réalisation en contrat de partenariat



La comparaison des VAN permet d'apprécier l'opportunité financière de recourir à l'un ou à l'autre des modes de réalisation.

Une méthode concrète d'évaluation préconisée dans les nouveaux contrats de partenariat public-privé

Ce guide préconise que la collectivité « pose son problème » en termes simples et littéraires. Si une évaluation quantitative peut être



apportée elle sera bienvenue au cours de cette approche. Elle doit comparer des cas de figure qui sont : la gestion en régie, une solution éventuelle en DSP, une autre en marché public et éventuellement une en BEA.

Un chiffrage de chaque critère de 0 à 5 est également recommandé afin de pouvoir remplir le tableau final de synthèse.

L'analyse de la performance et du risque

• **En phase amont du projet :**

la qualité du projet :

– l'apport d'innovation par la compétition ;

– le caractère garanti ou non du prix et du délai du projet ;

sur le risque transféré ou non :

– le risque de maîtrise d'ouvrage ;

– le risque de conception.




• **En phase de construction :**

la qualité de la réalisation : l'incidence de la durée du contrat dans la réalisation des travaux ;

sur le risque transféré ou non :

– le risque d'exécution porté ou non par la collectivité ;

– la certitude du délai et du budget.

• **En phase d'exploitation :**

la qualité de la maintenance :

– l'incidence de la qualité de la maintenance ;

– l'impact de la délégation à une entité extérieure de fonctionnement et de sécurité ;

la qualité de la réalisation : qualité et délai garanti ;

les risques ultérieurs à la construction :

– risque de dysfonctionnement majeur ;

– la réhabilitation lourde dix ou quinze ans après.

• **Les autres aspects du projet :**

les externalités générées par le retard du projet ou une réalisation plus rapide

sur les clients – usagers : le confort, la rapidité de service et de correction ;

la valeur résiduelle du bâtiment

l'incidence sur la fiscalité : locale et nationale.

L'analyse du coût global

• **Estimation directe sur le budget de la personne publique :**

Effet de l'étalement du paiement du prix et donc l'accroissement des marges de manœuvre budgétaire.

Coût de direction : coûts de maîtrise d'ouvrage et de mandataire ; coût de préparation de lancement de l'appel d'offres ; coût de la direction de chantier.

Coût de programmation : définition des fonctionnalités et performances.

Coût de la conception : honoraires de maîtrise d'œuvre, BET, consultants.

Prix de l'ouvrage.

• **Surcoûts ou économies estimés**

Sur les délais : d'exécution de la construction, ou du processus global conception – construction.

Les coûts de maintenance : coût du personnel de maintenance ; coûts d'assurance et des risques exceptionnels.

Les coûts de fonctionnement : coût des consommations (matières, énergie) ; coût de la délivrance du service en cas de pannes ou de dysfonctionnement.

Sur les coûts globaux : la gestion et le coût des aléas ; le coût global (conception construction maintenance).



Tableau de synthèse pour l'évaluation du CP

Tableau de comparaison d'un projet en solution régie, marché classique et PPP	Solution en régie	Marché d'entreprise	Contrat de partenariat
1) Performances appréciées en amont, en construction et en phase d'exploitation			
2) Partage des risques appréciés en amont, en construction et en phase d'exploitation			
3) Coût global estimé effet direct sur le budget et économies ou surcoûts			
4) Les autres implications (estimation) Calcul du surplus économique provenant de l'accélération de la réalisation (délivrance anticipée de l'utilité socio-économique du projet – méthode V. Piron).			




Passation du contrat de DSP

Peu nombreux sont certainement ceux qui, il y a encore quelques années, auraient su prédire la logique de stricte mise en concurrence qui préside aujourd'hui en France à la dévolution contractuelle par l'administration de missions de service public.

La passation des contrats de concession, d'affermage, ou encore de régie intéressée, tous désormais regroupés sous le vocable de « conventions de délégation de service public » n'a, pendant longtemps, fait l'objet d'aucun encadrement, laissant aux collectivités publiques toute latitude pour s'associer les compétences de tel ou tel cocontractant.

La recherche d'une meilleure rationalité économique et le souci de mettre un terme à certaines pratiques, notamment de corruption, ont conduit le législateur à imposer aux collectivités publiques l'obligation de respecter un certain nombre de règles de dévolution dont l'objectif est tout à la fois de préserver une égale concurrence entre les entreprises et de créer les conditions d'un choix pertinent.

En soumettant la passation délégations de service public à des règles de publicité préalable, la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique, dite « loi Sapin » [71], complétée par son décret d'application du 24 mars 1993 [72], a introduit une dynamique de mise en concurrence et ouvert la voie à une véritable réglementation des conditions d'attribution de ces contrats.

Cette évolution s'inscrit dans le droit fil des exigences communautaires tirées de la nécessité d'assurer l'effectivité du principe de non-discrimination [73]. Comme l'a indiqué la Cour de justice des Communautés

71. Articles 38 et suivants, désormais codifiés en ce qui concerne les délégations de service public des collectivités locales aux articles L. 1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales.

72. Dont les dispositions sont désormais codifiées en ce qui concerne les délégations de service public des collectivités locales aux articles R. 1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales.

73. Article 12 du traité CE.





européennes [74], ces exigences consistent essentiellement en une double obligation de transparence et d'impartialité, le respect de la première de ces obligations permettant normalement de garantir celui de la seconde. En subordonnant l'attribution des conventions de délégation de service public à la mise en œuvre d'une procédure de publicité et de mise en concurrence, la France s'est ainsi donné les moyens de satisfaire aux obligations qui s'imposent à elle.

Un processus relativement rigoureux de publicité et de mise en concurrence

La passation des délégations de service public repose, en premier lieu, sur la publication préalable d'un avis présentant les principales caractéristiques de la convention envisagée et les modalités de soumission à son attribution et, en second lieu, sur une double consultation des entreprises aux fins de choisir le candidat le mieux à même d'exploiter le service délégué.

Des mesures de publicité préalable



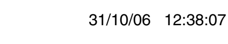
Les délégations de service public sont soumises à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes [75]. Cette exigence dont le caractère substantiel ne permet pas qu'elle soit remplacée par une simple consultation d'entreprises déterminées se voit satisfaite au travers de la publication d'un avis d'appel à candidature.

Aux termes de la réglementation française [76], cette publication est en réalité double et doit consister, d'une part, en une insertion dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales et, d'autre part, dans une insertion dans une publication correspon-

74. CJCE, 7 décembre 2000, *Teleaustria Verlags GmbH*, aff. C-324/98 : « *les entités adjudicatrices [...] sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier. En effet, ainsi que la Cour l'a jugé dans son arrêt du 18 novembre 1999,* Unitron Scandinavia et 3-S *(C-275/98, Rec. p. I-8291, point 31), ce principe implique, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté. Cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication.* »

75. Article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, codifié en ce qui concerne les délégations de service public des collectivités locales à l'article L. 1411-1 du CGCT.

76. Article 1er du décret n° 93-471 du 24 mars 1993, codifié à l'article R. 1411-1 du CGCT en ce qui concerne les délégations de service public des collectivités locales.





dant au secteur économique concerné [77]. Cette seconde publication peut dans certains cas s'avérer délicate, notamment en l'absence de journaux professionnels en lien avec l'activité déléguée. La jurisprudence la plus récente [78] semble retenir comme principaux critères du caractère spécialisé d'une publication : son audience, son contenu habituel et son lectorat. À ces deux publications obligatoires, il faut en outre ajouter, s'agissant des concessions de travaux d'un montant supérieur à 5 millions d'euros hors taxes, la publication d'un avis au *JOUE* imposée par la directive n° 93/37/CEE.

Hormis le cas des concessions de travaux de seuils communautaires qui doivent faire l'objet d'un avis de publicité conforme au modèle annexé à la directive précitée, le contenu des avis de publicité en matière de délégation de service public est libre. Pour autant, il ne fait pas doute qu'il soit quand même nécessaire de porter à la connaissance des candidats potentiels certaines informations essentielles telles que l'objet du contrat, le périmètre délégué, la durée envisagée, ou encore par exemple les principaux investissements à réaliser, et que soient bien entendu précisés les divers documents devant être fournis à l'appui de leur candidature. Il en va de la garantie de l'obligation de transparence quant aux conditions de sélection des candidats, mais également de la nécessité de permettre aux entreprises concernées de disposer de renseignements suffisants pour, à la lecture de l'avis, décider de soumissionner ou non.

Une consultation des entreprises en deux phases

Les entreprises intéressées remettent un dossier de candidature dont l'objet est essentiellement de justifier de leurs garanties professionnelles et financières, de leur capacité à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers, et enfin de la régularité de leur situation au regard de leurs obligations fiscales et sociales. La recevabilité des candidatures est subordonnée à la production de l'ensemble des documents exigés par l'avis d'appel à candidature, l'autorité délégante – et plus spécifiquement une commission *ad hoc* composée d'élus dans le cas des collectivités locales – étant tenue d'autoriser à présenter une offre à toutes les entreprises dont le dossier est conforme. Protectrice d'une ouverture la plus large possible du marché à la concurrence, la situation de compétence liée

77. Il faut réserver le cas des délégations de service public dont le montant estimé ne devrait pas dépasser le seuil de 106 000 euros pour toute la durée de la convention ou de 68 000 euros par an lorsque la durée de la convention ne dépasse pas trois ans, pour lesquelles les formalités de publicité préalable sont allégées et consistent en une seule de ces deux insertions.

78. Voir notamment sur ce point TA, décision assainissement.





dans laquelle se trouve, à ce stade, l'autorité délégante témoigne de l'obligation constante de préserver l'égal accès des entreprises à l'octroi des délégations de service public.

Les entreprises dont le dossier de candidature s'avère incomplet ne verront, quant à elle, pas obligatoirement leur candidature immédiatement rejetée, l'autorité délégante disposant en effet de la faculté d'inviter les entreprises concernées à régulariser leur dossier pour autant que cette régularisation intervienne avant l'ouverture des plis contenant les offres [79]. Il ne s'agit cependant là que d'une faculté, et non d'une obligation pour l'administration, qui toutefois, si elle est mise en œuvre, doit pouvoir profiter à l'ensemble des soumissionnaires dont le dossier est incomplet.

Une fois la liste des candidats admis à présenter une offre établie, l'autorité délégante communique à chacun d'entre eux un document programme définissant « *les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations à réaliser ainsi que s'il y a lieu les conditions de tarification du service rendu à l'usager* » [80]. Ce document programme doit avant tout être conçu de manière à permettre aux candidats d'élaborer leur offre au plus près des attentes de l'autorité délégante qui a ainsi tout intérêt à y décrire assez précisément les prestations à exécuter, sans trop toutefois, afin de ne pas brider l'inventivité et la force de proposition des candidats, et de ne pas limiter outre mesure la portée des négociations auxquelles le document programme servira de cadre. Par ailleurs, il importe que ce document recense les principaux éléments d'information utiles à la reprise du service, et en particulier, s'agissant du respect du principe d'égal accès, ceux dont l'éventuel délégataire sortant demeurerait seul en possession. En pratique, le document programme se compose essentiellement, d'une part, d'un projet de cahier des charges accompagné d'annexes techniques et, d'autre part, d'un règlement de consultation détaillant les délais et modalités de présentation des offres.



Sur la base du document programme, il revient ensuite aux candidats retenus d'élaborer leur offre dans le délai imparti. Ce délai doit être fixé en fonction de la nature et de l'étendue de la délégation envisagée de manière à leur permettre de disposer d'un temps raisonnable pour faire connaître leurs propositions.

Les offres remises font enfin l'objet d'un examen attentif – et dans le cas des collectivités locales d'un avis circonstancié émis par la commis-

79. Voir en ce sens CE, 14 mars 2003, *Société Air Lib*, Req. n° 251610.

80. Article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, codifié à l'article L. 1411-1 du CGCT en ce qui concerne les délégations de service public des collectivités locales.



sion *ad hoc* constituée à cet effet – avant que ne s'engage une nouvelle phase, dite de négociation, au cours de laquelle l'autorité délégante va acquérir une plus grande liberté dans la conduite de la procédure.

La liberté préservée des collectivités publiques

Passées la remise et l'analyse des offres, la procédure de DSP recouvre l'aspect relativement libéral qui a toujours caractérisé la passation de ce type de contrats. Désormais seule en charge de la suite de la procédure, l'autorité habilitée à signer le contrat – l'exécutif dans le cas des collectivités locales – se voit confier le soin de mener à bien les négociations qui la conduiront à choisir le futur délégataire.

La libre négociation des offres avec un ou plusieurs des candidats

L'encadrement des conditions de passation des conventions de DSP, et en particulier l'obligation de mise en concurrence qui en résulte, ne prive pas la passation de ces contrats de son caractère négocié. Ainsi, l'autorité habilitée à signer la convention engage librement la négociation avec une ou plusieurs des entreprises admises à présenter une offre [81]. Liberté quant au nombre de candidats appelés à la négociation, puisque l'autorité compétente n'est non seulement pas tenue d'entamer des négociations avec l'ensemble des candidats ayant remis une offre, mais peut encore ne s'adresser qu'à un seul d'entre eux. Liberté quant au choix en tant que tel des entreprises invitées à négocier, puisque, dans le cas des collectivités locales, rien ne s'oppose à ce que l'exécutif négocie avec un candidat dont l'offre n'aurait pas emporté la conviction de la commission de délégation de service public.

Cette liberté quant au choix des candidats appelés à participer à la phase de négociation ne saurait toutefois justifier que soit retenue une entreprise dont l'offre ne correspondrait en rien aux caractéristiques des prestations attendues du futur délégataire et énoncées dans le document programme de la consultation. À cet égard, il appartient à l'autorité délégante d'apprécier dans quelle mesure l'offre remise s'écarte des exigences du dossier de consultation, et de déterminer si cet écart est d'une ampleur telle que le rejet de l'offre s'impose ou si, au contraire, cet écart revêt un impact limité, il y a lieu, ainsi que le permet

81. Article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, codifié à l'article L. 1411-1 du CGCT en ce qui concerne les délégations de service public des collectivités locales.





la jurisprudence [82], d'inviter le candidat à régulariser son offre. La tâche n'est pas aisée et implique à n'en point douter, afin de respecter l'égalité de traitement des candidats, que si elle est offerte à l'un d'entre eux, cette possibilité de régularisation le soit à l'ensemble de ceux dont l'offre n'est pas totalement conforme au dossier de consultation.

L'objet de la négociation réside ensuite le plus souvent dans la comparaison de tout ou partie des offres remises et les discussions porteront immanquablement sur un certain nombre de points clés tels que la capacité du candidat à assurer la continuité du service (structure, implantation, organisation, fonctionnement de l'entreprise), ses compétences techniques (moyens matériels, qualification du personnel, capacité à s'adapter aux évolutions technologiques…), la qualité et le coût des prestations proposées (conditions tarifaires, rendement technique…) ou encore, en cas de délégation d'un service auparavant exploité en régie, les modalités de reprise du service, et en particulier du personnel.



Se pose alors le délicat problème de la portée de la négociation, impliquant tout d'abord de déterminer jusque dans quelle mesure il est possible de revenir sur les conditions initiales de consultation des entreprises. En effet, pour que la mise en concurrence ayant abouti à la remise des offres conserve un sens, il est nécessaire que les bases sur lesquelles elle s'est déroulée ne soient pas remises en cause. C'est pourquoi, la jurisprudence considère qu'au stade de la négociation, l'autorité délégante ne peut porter à l'objet de la délégation que des adaptations de portée limitée, justifiées par l'intérêt du service délégué et n'ayant pas pour effet d'avantager l'un des candidats [83]. Pour les mêmes raisons, les offres des candidats ne pourront être substantiellement modifiées en cours de négociation.

Tout le talent du négociateur public est alors de concilier l'intérêt général poursuivi par la collectivité délégante avec l'intérêt particulier du délégataire, et de parvenir à un partenariat équilibré garantissant la bonne exécution du service public délégué.

Le libre choix du délégataire

L'issue de la négociation réside dans le choix du délégataire.

Ce choix obéit depuis toujours à un principe de liberté totale reconnue à l'autorité délégante. En effet, en raison à la fois des relations étroites que cette dernière devra entretenir avec lui et de l'impor-

82. Voir en ce sens CE, 14 mars 2003, *Société Air Lib*, Req. n° 251610.

83. CE, 29 avril 2002, *Groupement des associations de l'Ouest parisien*.



tance de la mission d'intérêt général qui lui sera confiée, le futur exploitant du service délégué doit pouvoir être désigné en fonction de sa personne, de ses qualités propres et des garanties qu'il offre à titre personnel. Ainsi, les conventions de délégation de service public sont-elles conclues *intuitu personae*.

Le principe du choix *intuitu personae* du délégataire n'autorise toutefois pas l'autorité délégante à faire preuve d'arbitraire, ni à s'affranchir du respect d'un autre principe, celui de l'égal accès des candidats à l'octroi de la délégation de service public. C'est pourquoi le choix du délégataire ne peut reposer sur des critères discriminatoires, ni intervenir en méconnaissance des critères éventuellement fixés dans le dossier de consultation. Et l'on notera que si les juges refusent toujours d'apprécier l'opportunité du choix du délégataire, en revanche, ils ne manquent jamais l'occasion de sanctionner la violation par les collectivités publiques des règles qu'elles ont elles-mêmes prédéfinies, ni de relever les éventuelles erreurs manifestes d'appréciation dans les choix qu'elles opèrent.

* * *

Garant de l'expression d'une libre concurrence entre les opérateurs intervenant dans le secteur des services publics délégables et d'une relative liberté des collectivités publiques dans le choix de ceux à qui elles confient l'exercice de missions d'intérêt général, le régime de passation des conventions de délégation de service public suscite la satisfaction de la plupart de ceux qui ont à le mettre en œuvre ou à s'y soumettre.

C'est d'ailleurs sans doute en partie en raison du bilan globalement positif qui peut être tiré d'une dizaine d'années d'application de la « loi Sapin » que le gouvernement français semble avoir décidé de soumettre les contrats de partenariat public-privé, catégorie de contrats nouvellement créée par la loi du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, à des règles de passation très proches de celles qui régissent l'attribution des délégations de service public.

Moins contraignantes que celles par exemple applicables en matière de marchés publics, les règles de publicité et de mise en concurrence des délégations de service public présentent toutefois les inconvénients de leurs avantages. La part de liberté laissée aux autorités délégantes est en effet fréquemment source d'incertitudes quant à la conduite à adopter au cours de la procédure, notamment pendant la phase cruciale de la négociation des offres.



Certes, les collectivités publiques doivent-elles se souvenir de ce que la principale considération qui doit les guider demeure la préservation de l'égal accès des candidats à l'octroi de la délégation de service public. Pour autant, nul ne peut contester qu'en pratique il s'avère parfois difficile pour les collectivités de déterminer comment traduire au mieux ce principe. Et il n'est pas certain que des adaptations législatives ou réglementaires sauraient les y aider.

Au contraire, l'on veut croire que l'exercice raisonné des prérogatives reconnues à l'administration reste sans doute encore la meilleure manière de garantir l'exercice d'une véritable concurrence et d'optimiser la satisfaction de l'intérêt général.





PT_Chap3.indd 118 31/10/06 12:38:08



Passation des contrats de partenariat public-privé

Les règles de passation jouent un rôle majeur dans le choix du recours à tel ou tel type de contrat.

S'agissant des contrats globaux ou de financement privé des équipements publics qui ont précédé les contrats de partenariat, le législateur a, tout d'abord, mis l'accent sur la souplesse en n'imposant le respect d'aucune procédure préalable de passation, comme pour les baux emphytéotiques de la loi du 5 janvier 1988 [84], ou en favorisant les procédures négociées, notamment dans le décret du 6 janvier 2004 [85] relatif aux baux instaurés par la LOPSI [86].

Mais cette souplesse répond difficilement aux exigences du droit communautaire et faisait peser sur les cocontractants des risques juridiques substantiels, tenant notamment à la requalification éventuelle du contrat en concessions de travaux ou en marchés publics.

La sécurité juridique s'est alors traduite par l'instauration de procédures de passation et par leur alignement progressif sur le droit communautaire des marchés publics.

En témoignent les baux emphytéotiques hospitaliers que l'ordonnance du 4 septembre 2003 [87] a soumis au respect d'une procédure spécifique de publicité et de mise en concurrence que la loi du 9 août 2004 [88] est venue mettre en conformité avec la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 en imposant le recours à la procédure de dialogue compétitif ou de l'appel d'offres restreint.

Une solution similaire a finalement été retenue pour les baux de la LOPSI dont les règles de passation, alignées sur le droit des marchés publics, font une place importante à la procédure de dialogue compétitif. Cela traduit une certaine harmonisation des procédures de passation de ces contrats globaux, tous qualifiés de marchés publics au sens du droit communautaire.

84. Loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation.

85. Voir décret n° 2004-18 du 6 janvier 2004.

86. Voir loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure.

87. Ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003.

88. Voir loi n° 2004-806 du 9 août 2004.







Néanmoins, même si les procédures applicables aux différents types de PPP se sont considérablement rapprochées ces dernières années et que les personnes publiques doivent toujours respecter les principes généraux du Traité, et notamment les principes de transparence et de non-discrimination [89], chacun de ces contrats a gardé des spécificités.

S'agissant de la conclusion des **AOT-LOA** entrant dans le champ d'application du décret du 6 janvier 2004, trois types de procédure peuvent être utilisés par la personne publique, une de droit commun et deux dérogatoires :

– la procédure dite de droit commun qui correspond à appel d'offres restreint ;

– la procédure négociée qui peut être utilisée si certaines conditions tenant au mode de détermination du montant du loyer et au montant de l'opération sont remplies, ou si l'appel d'offres lancé a été déclaré infructueux ;

– la procédure de dialogue compétitif, auquel il peut être recouru en cas de complexité du projet.




Les procédures à mettre en œuvre préalablement à la passation **d'un contrat de partenariat ou d'un BEAH** sont, quant à elle, de deux types.

En cas de complexité du projet, la personne publique pourra recourir à la procédure de dialogue compétitif, et, si tel n'est pas le cas – c'est-à-dire en cas d'urgence dans le cas du contrat de partenariat – la personne publique devra recourir à une procédure d'appel d'offres.

S'agissant des baux emphytéotiques administratifs de droit commun, leur passation n'étant pas soumise en droit interne à une procédure de passation spécifique, ils seront étudiés séparément.

La passation des baux emphytéotiques de droit commun

Les BEA ne sont, pour l'heure, soumis en droit interne à aucune procédure de passation spécifique. Néanmoins, leur passation doit respecter les principes généraux du droit de la commande publique et ceux issus du Traité.

89. CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlag GmbH*.



Dans certains cas, suivant le type de convention attachée au BEA, les directives européennes peuvent trouver à s'appliquer.

Ces conventions peuvent en effet conférer à l'ensemble du montage le caractère soit d'une concession de travaux, soit d'un marché de travaux au sens des directives.

BEA et marché public de travaux au sens communautaire

Le BEA peut être considéré comme un marché public au sens du droit communautaire.

En effet, au sens communautaire, un marché public est un contrat à titre onéreux conclu par écrit entre un ou plusieurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de service.

Or, dans le cadre d'un BEA le titulaire peut être rémunéré par un prix payé par l'administration contractante sous la forme d'un loyer. Dès lors le BEA doit être analysé comme un marché public au sens communautaire du terme et soumis au respect des directives « Marchés » en ce qui concerne sa passation dès lors que les seuils sont atteints.

BEA et concession en droit communautaire

Il est des cas ou le BEA va pouvoir être qualifié de concession de travaux en droit communautaire. L'on peut citer à titre d'exemple, l'arrêt *Ville de Cabourg* [90] rendu par le Conseil d'État le 10 juin 1994. Il en résulte que lorsque le titulaire d'un BEA est chargé de la construction d'un ouvrage et que la rémunération de ce dernier consiste dans le droit d'exploiter l'ouvrage, ledit montage contractuel doit être analysé comme étant une concession de travaux au sens communautaire. À ce titre, ledit contrat lors de sa passation est soumis au respect de l'article 11 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 et à son décret d'application n° 92-311 du 31 mars 1992 transposant la directive 93/36, 93/37 et 92/50.

Néanmoins, il faut noter que la soumission du BEA en tant qu'il constitue une concession de travaux à la loi du 31 mars 1992 ne vaut que si ledit BEA est passé dans le cadre des secteurs classiques. En effet, en droit communautaire, les concessions de travaux dans les

90. Voir CE, 10 juin 1994, *Ville de Cabourg*, Req. n° 141633. Dr. Adm., 1994, comm. n° 522.



secteurs spéciaux ne sont soumises à aucune procédure de passation spécifique.

La passation des contrats de partenariat, BEH et AOT-LOA

Quel que soit le type de contrat passé, la procédure de passation peut être divisée en trois étapes : la publicité et la sélection des candidats, la sélection des offres et, enfin, l'attribution du contrat laquelle doit être suivie d'un certain nombre de formalités obligatoires.

Il faut néanmoins noter que s'agissant des contrats de partenariat, diverses formalités doivent être accomplies par la personne publique préalablement au lancement de la procédure.

Ainsi, l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 [91] et l'article L. 1414-2 du CGCT prévoient qu'ils ne peuvent être conclus que pour la réalisation de projets pour lesquels une **évaluation**, à laquelle la personne publique procède avant le lancement de la procédure de passation, montre ou bien que compte tenu de la **complexité** du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, ou bien que le projet présente un caractère d'**urgence**.




Cette évaluation doit également exposer avec précision les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif, qui l'ont conduite, après une analyse comparative, notamment en termes de coût global, de performance et de partage des risques, de différentes options, à retenir le projet envisagé et à décider de lancer une procédure de passation d'un contrat de partenariat.

Pour l'État, cette évaluation doit être réalisée avec le concours d'un organisme expert : la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat public-privé (la « MAPPP »).

Sa saisine est facultative pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux [92].

À cette obligation de réalisation d'une évaluation s'ajoute, pour les collectivités territoriales, l'obligation d'une part de présenter celle-ci

91. Voir ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

92. Article 2 du décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 portant création de la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat.



à l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou à l'organe délibérant de l'établissement public, qui doit se prononcer sur le principe du recours à un contrat de partenariat, et d'autre part, de recueillir l'avis de la commission consultative des services publics locaux sur la décision de recourir au contrat de partenariat.

Une fois ces différentes formalités accomplies, la personne publique peut lancer la procédure de passation du contrat, qui débute, à l'instar des autres contrats par une publicité.

La publicité préalable et la sélection des candidats

Quel que soit le type de contrat que la personne publique a choisi de conclure, celle-ci doit fait connaître son intention au moyen d'un avis d'appel public à concurrence (AAPC).

Les différents textes applicables à ces contrats prévoient un certain nombre de mentions obligatoires.

Les modalités de publicité préalable

Les mesures de publication de l'AAPC

Suivant le type de contrat choisi et le montant global de l'opération en cause, les modalités de publicité diffèrent.

Pour les **AOT-LOA** entrant dans le champ d'application du décret du 6 janvier 2004, il est prévu par l'article 6 du décret précité que l'AAPC doit être publié dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales et dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné ainsi que, le cas échéant, dans le *JOUE*, lorsque le montant du contrat atteint les seuils fixés par arrêté du ministre chargé de l'Économie.

Cet article précise également, ce qui est source de confusion, que les articles 39 et 40 du Code des marchés publics s'appliquent.

S'agissant des **contrats de partenariat** et des **BEAH** dont le montant dépasse le seuil de 135 000 euros HT pour l'État et de 210 000 euros HT pour les collectivités territoriales, la personne publique doit envoyer l'AAPC pour publication au *Bulletin officiel des annonces de marchés publics* (BOAMP) et au *Journal officiel de l'Union européenne* (JOUE).



Pour les contrats inférieurs à ce montant, la personne publique contractante choisit librement les modalités de publicité.

Une réponse ministérielle est venue préciser que [93] « *Les contrats de partenariat* [...] *entrent dans la définition des marchés publics au sens communautaire. Dès lors, ils demeurent en toute hypothèse soumis au principe général de transparence tel que résultant de la jurisprudence CJCE Teleaustria du 7 décembre 2000. Lorsque le contrat de partenariat est d'un montant inférieur à 230 000 euros hors taxes pour l'État et à 150 000 euros pour les collectivités territoriales, il appartient donc à la personne publique, dans le respect des principes de la commande publique, de procéder à une publicité et une mise en concurrence adéquates. Il semble dès lors exclu de procéder par lettre de consultation adressée à plusieurs entreprises préalablement sélectionnées par la personne publique. Les principes de la commande publique exigent en effet que la personne publique procède à une publicité et à une mise en concurrence d'un degré proportionnel à l'objet et à l'importance de l'opération envisagée. La personne publique est libre de déterminer les formalités de publicité et de mise en concurrence en conséquence. Elle peut notamment s'inspirer pour ce faire de la réglementation communautaire en ce domaine, du Code des marchés publics ou des articles L. 1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales. Il est cependant rappelé que la personne publique a le devoir de respecter les obligations qu'elle s'est librement imposées, et ce jusqu'au terme de la procédure* ».



Le contenu de l'AAPC

L'insertion d'un certain nombre de mentions est rendue obligatoire par les différents textes.

• **Contenu de l'AAPC pour un AOT-LOA**

Concernant le contenu des AAPC des AOT-LOA, il est nécessaire de distinguer trois cas, selon que la personne publique décide de recourir à la procédure de passation de droit commun, à la procédure de dialogue compétitif ou à la procédure négociée.

Contenu de l'AAPC en cas de mise en œuvre de la procédure de droit commun

De façon classique, l'avis doit préciser le délai laissé aux candidats pour le dépôt des candidatures. Le décret du 6 janvier 2004 prévoit un délai minimum qui est de 37 jours à compter de la date d'envoi à la publication de l'avis.

93. Réponse ministérielle de l'Économie et des Finances n° 16896 publiée au *JO* du Sénat le 19 mai 2005, p. 1428.



Il doit également indiquer :

– les modalités de présentation des candidatures ;

– les critères de sélection des offres, parmi lesquels doit notamment figurer, l'adéquation des solutions proposées aux prescriptions du cahier des charges, la valeur actualisée de l'offre, la qualité technique et architecturale des bâtiments et installations, le délai de réalisation ainsi que, s'il y a lieu, la qualité des prestations de services au regard des besoins du service public [94]. Les critères de sélection des offres doivent être pondérés, ou, s'il est démontré par l'autorité administrative que la pondération est objectivement impossible, hiérarchisés ;

– le cas échéant, les objectifs poursuivis et les performances attendues.

De plus, et conformément à l'article 50 du Code des marchés publics auquel le décret renvoie, l'autorité administrative devra, dans le cas où elle ne souhaiterait pas que les candidats présentent des variantes par rapport aux spécifications du cahier des charges, l'indiquer expressément dans l'AAPC.

Contenu de l'AAPC en cas de dialogue compétitif

Lorsque l'autorité administrative décide, du fait de la complexité du projet, de recourir à la procédure du dialogue compétitif, l'AAPC doit également indiquer :




– qu'il sera recouru à une phase de dialogue dans les conditions décrites au titre IV du décret du 6 janvier 2004 ;

– les critères de sélection des candidats admis à participer au dialogue.

Concernant les critères de sélection, qui dans la procédure de droit commun doivent obligatoirement figurer dans l'AAPC, il est permis en cas de dialogue compétitif de seulement les définir dans le règlement de consultation.

Parmi ces critères, doivent nécessairement figurer le coût global de l'offre et des objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat.

D'autres critères peuvent être retenus, notamment la valeur technique et le caractère innovant de l'offre, le délai de réalisation des ouvrages ou équipements, leur qualité esthétique ou fonctionnelle.

Contenu de l'AAPC en cas de mise en œuvre de la procédure négociée

Lorsque la personne publique remplit les conditions posées aux articles 10 et 11 du décret du 6 janvier 2004 et peut, de ce fait, recourir

94. Article 6 du décret n° 2004-18 du 6 janvier 2004.





à la procédure négociée, il est fait obligation à la personne publique d'insérer dans l'avis de publicité les éléments suivants :

– les critères d'attribution du bail, qui doivent être pondérés, ou, si cela est objectivement impossible, hiérarchisés ;

– le nombre minimal de candidats que l'État prévoit d'inviter à soumissionner et qui ne peut être inférieur à trois, ainsi que, le cas échéant, le nombre maximum.

S'agissant des AAPC pour les contrats de partenariat et les BEAH ; ceux-ci doivent être établis conformément aux modèles fixés par arrêté du ministre chargé de l'Économie pour les marchés publics.

• Mentions obligatoires devant figurer dans l'AAPC des contrats de partenariat et BEAH :

Les mentions devant figurer dans l'AAPC sont :

– le délai laissé aux candidats entre la date d'envoi de l'AAPC et la date limite de réception des offres, qui ne peut être inférieur à 40 jours [95] ;

– le type de procédure applicable (dialogue compétitif ou appel d'offres) [96]. Si la procédure menée est celle de dialogue compétitif et que la personne publique souhaite que les discussions se déroulent en phases successives au terme desquelles seules sont retenues les propositions répondant le mieux aux critères fixés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de consultation, ceci doit être expressément indiqué dans l'avis [97] ;

– les critères de sélection des candidatures ;

– les critères d'attribution du contrat, qui doivent être pondérés ou en cas d'impossibilité hiérarchisés [98] : parmi ces critères, qui doivent avoir été définis en prenant en compte les conclusions de l'étude d'évaluation préalable, doivent obligatoirement figurer le coût global de l'offre, des objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat et la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans [99]. Il est indiqué dans ces différents textes que d'autres critères peuvent

95. Article de 6 de l'ordonnance (applicable aux BEAH en vertu de l'article L. 6148-5 du Code de la santé publique) et article L. 1414-6 du CGCT.

96. Article 5 de l'ordonnance du 17 juin 2004 et article L. 1414-5 du CGCT.

97. Article L. 1414-7 du CGCT et article 7 de l'ordonnance du 17 juin 2004.

98. Article 8 de l'ordonnance du 17 juin 2004 et article L. 1414-9 du CGCT.

99. Article 8 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004.



êtres retenus et notamment la valeur technique et le caractère innovant de l'offre, le délai de réalisation des ouvrages ou équipements, leur qualité esthétique ou fonctionnelle [100] ;

– les renseignements et documents devant être fournis par les candidats à l'appui de leur candidature. La liste exhaustive des renseignements et documents que la personne publique peut demander aux candidats figure pour les contrats de partenariat de l'État et les BEAH à l'article 2 du décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 et pour les contrats de partenariat des collectivités locales à l'article D. 1414-2 du CGCT ;

– le nombre maximum de candidats admis à présenter une offre ou à participer au dialogue. S'agissant des BEAH, l'article L. 6148-5 du Code de la santé publique impose dans ce cas d'indiquer dans l'avis de marché les critères ou règles objectifs et non discriminatoires qu'elle prévoit d'utiliser pour restreindre le nombre de candidats.

On notera s'agissant de ces pièces, qu'une réponse ministérielle n° 22016 du 9 mars 2006 a précisé, que lorsque la personne publique constate, avant de procéder à l'examen des candidatures, que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes, celle-ci peut demander aux candidats concernés de produire ou de compléter ces pièces dans un délai donné identique pour tous les candidats concernés, afin que le plus grand nombre d'offres possibles lui soit présenté par la suite.

Appréciation de la capacité de candidats et établissement de la liste des candidats

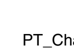
Une fois les candidatures reçues et ouvertes, l'autorité administrative établit la liste des candidats admis à présenter une offre ou à participer au dialogue sur la base des critères énoncés dans l'AAPC, ou éventuellement dans le règlement de consultation.

C'est à ce stade que la personne publique doit **exclure les candidats** se trouvant dans un certain nombre de situations fixées pour les contrats de partenariat et les BEH à l'article 4 de l'ordonnance du 17 juin 2004, et pour les AOT-LOA, aux articles 44 et 45 du Code des marchés publics, auquel le décret du 6 janvier 2004 fait expressément référence. À ce stade, les candidats peuvent néanmoins se contenter de fournir à l'administration une déclaration sur l'honneur précisant qu'ils ne se trouvent pas dans l'un des cas d'exclusions [101].



100. Article 12 du décret n° 2004-18 du 6 janvier 2004.

101. Article D. 1414-3 du CGCT.






Seul le candidat attributaire du contrat devra fournir toutes les justifications nécessaires.

Si l'établissement de la liste des candidats se déroule de façon quasi identique pour l'ensemble des contrats étudiés, on doit néanmoins signaler la spécificité de cette phase pour les contrats de partenariat des collectivités territoriales et des établissements publics locaux.

Le CGCT prévoit en effet que la liste des candidats admis à participer au dialogue ou à la procédure d'appel d'offres doit être dressée par une commission, dont la composition est prévue à l'article L. 1411-5 du CGCT.

La liste établie à ce stade doit comprendre un nombre minimum de candidats, fixé, en ce qui concerne les contrats de partenariat et les BEH, à trois en cas de dialogue compétitif, et à cinq pour l'appel d'offres (article 6 de l'ordonnance, article L. 1414-1 du CGCT).

Les textes n'imposent en revanche pour les AOT-LOA un nombre minimum de candidats que si l'administration entend poursuivre une procédure négociée ou une procédure de dialogue compétitif, auquel cas il faut au minimum trois candidats.



Néanmoins, ces minima s'entendent sous réserve d'un nombre de candidats suffisants, compte tenu notamment des conditions d'exclusion.



Sur demande de l'intéressé, la personne publique communique les motifs du rejet d'une candidature (article 6 de l'ordonnance, article L. 1414-1 du CGCT).

La procédure est alors poursuivie avec les candidats sélectionnés, lesquels sont invités, selon le cas, soit à participer au dialogue avec la personne publique, soit à présenter une offre.

La sélection des propositions et des offres dans les procédures de dialogue compétitif, d'appel d'offres restreint et la procédure négociée

Le dialogue compétitif

Le dialogue s'effectue sur la base d'un programme fonctionnel qui a dû être préalablement établi par la personne publique et peut porter sur tous les aspects du contrat.

La personne publique poursuit les discussions avec les candidats jusqu'à ce qu'elle soit en mesure d'identifier la ou les solutions qui sont susceptibles de répondre à ses besoins.



Pendant cette phase de dialogue, tous les candidats doivent être entendus dans des conditions de stricte égalité. À ce titre, la personne publique devra faire en sorte que les informations communiquées par les candidats restent confidentielles. En effet, la personne publique ne peut donner à certains candidats des informations susceptibles de les avantager par rapport à d'autres. Elle ne peut révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un candidat dans le cadre de la discussion sans l'accord de celui-ci.

La personne publique devra donc recourir au dialogue en tunnel et ce afin de protéger la confidentialité des informations qui lui sont transmises par les candidats.

La question s'est posée, en ce qui concerne les contrats de partenariat, de savoir si la personne publique qui conduit le dialogue doit établir un procès-verbal ou un rapport du déroulement de ce dialogue et en particulier de l'audition des candidats. La réponse à cette question a été apportée à l'occasion d'une réponse ministérielle n° 22032 du 9 mars 2006. Il a été considéré qu'aucune disposition n'impose à la personne publique d'établir un procès-verbal ou un rapport du déroulement du dialogue, et en particulier de l'audition des candidats. Pour autant, il apparaît de bonne administration pour la personne publique de conserver la mémoire des différentes étapes du dialogue ne serait-ce que dans l'hypothèse d'avoir à justifier l'éventuelle élimination de certaines solutions ou le choix de l'offre retenue, dans le cadre d'une contestation amiable ou contentieuse. Cela permettra, entre autres, de justifier le choix de l'offre ou de démontrer le respect de l'obligation de confidentialité relative aux offres. Cette mémoire pourra également être précieuse en cas de litige ultérieur sur la nature des droits et obligations du futur partenaire.





Elle peut prévoir, dés l'origine, que les discussions se déroulent en phases successives au terme desquelles seules sont retenues les propositions répondant le mieux aux critères fixés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de consultation. Le recours à cette possibilité doit avoir été indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation. Une indemnisation des candidats éliminés peut être prévue.

La phase d'appréciation finale des offres intervient lorsque la personne publique considère que le dialogue est arrivé à son terme.

Elle invite les candidats à remettre leur offre finale sur la base de la ou des solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue dans un délai qui ne peut être inférieur à un mois (contrairement à la procédure de dialogue compétitif dans le cadre des marchés publics ou la personne publique dans ce cas doit établir un cahier des charges



sur la base duquel les candidats remettent leur offre). Elle définit les conditions d'exécution du contrat, y compris de celles de ses clauses qui prévoient une évolution, pendant la durée du contrat, des droits et obligations du cocontractant, et, le cas échéant, précise les critères d'attribution du contrat définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation. Elle s'efforce de maintenir jusqu'à ce stade une concurrence réelle.

Ces offres comprennent tous les éléments nécessaires à l'exécution du contrat.

La personne publique peut demander des clarifications, des précisions ou des compléments concernant les offres déposées par les candidats ainsi que la confirmation de certains des engagements, notamment financiers, qui y figurent.

Cette phase de mise au point ne doit pas être une phase de négociation et ces demandes ne peuvent donc avoir pour effet de modifier les éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du contrat.

L'appel d'offres restreint




Comme nous avons pu l'indiquer en introduction, cette procédure de l'appel d'offres restreint est la procédure de droit commun pour les AOT-LOA, tandis que pour les contrats de partenariat et les BEAH, le recours à cette procédure n'est possible qu'en cas d'urgence.

Pour les AOT-LOA, l'article 7 du décret du 6 janvier 2004 précise que l'administration adresse à chacun des candidats, dans les conditions prévues à l'article 62 du CMP, une lettre d'invitation à présenter une offre. Cette lettre comprend notamment, outre les indications mentionnées aux a et c du I de l'article 62 dudit Code, un cahier des charges énonçant le programme applicable à l'immeuble à construire et, le cas échéant, les caractéristiques essentielles des prestations de services attendues du bailleur. La lettre d'invitation indique également le délai de réception des offres, qui ne peut être inférieur à 40 jours à compter de la date d'envoi de la lettre d'invitation.

S'agissant des contrats de partenariat et des BEH, lorsque le contrat est passé selon la procédure d'appel d'offres restreint, le dépôt des offres n'est précédé ou suivi d'aucune phase de dialogue préalable. Il est même expressément indiqué dans les textes sur les contrats de partenariat « qu'il ne peut y avoir de négociation avec les candidats » (article L. 1414-8 et article 4 et 5 du décret, modifié, n° 2004-1145 du 27 octobre 2004), la personne publique pouvant seulement leur demander de préciser ou compléter la teneur de leur offre.



Il faut noter ici que si cette procédure est définie assez précisément dans le CGCT à l'article L. 1414-8, pour les contrats de partenariat de l'État, le décret du 27 octobre 2004 est assez succinct sur la question.

Ainsi le CGCT prévoit que, suite à l'établissement de la liste des candidats par la commission de l'article L. 1411-5 du CGCT, la personne publique adresse, simultanément et par écrit, aux candidats retenus une lettre de consultation les invitant à présenter une offre dans un délai qui ne peut pas être inférieur à 40 jours à compter de l'envoi de ladite lettre ; ce délai peut être ramené à 15 jours en cas d'urgence ne résultant pas du fait de la personne publique.

Les entreprises invitées à présenter une offre se voient remettre un cahier des charges et la collectivité territoriale pourra, s'il y a lieu, organiser une visite des lieux d'exécution ou une consultation sur place de documents complémentaires. Les candidats peuvent également poser des questions à la personne publique, laquelle doit y répondre six jours au moins avant la date limite de réception des offres. Ce délai est ramené à quatre jours en cas d'urgence ne résultant pas du fait de la personne publique.

La procédure négociée

La procédure négociée n'est prévue que dans le décret du 6 janvier 2004 aux articles 9 à 11 pour la passation d'une convention de bail AOT-LOA.

Néanmoins, la procédure de droit commune pour ce type de contrat étant l'appel d'offres restreint, il faut pour que la convention de bail puisse être librement négociée par l'État sur la base des critères de sélection figurant dans l'AAPC, qu'une condition de procédure et qu'au moins une des deux conditions de fond soient remplies.

Sur la procédure, il est nécessaire que l'avis d'appel à candidatures ait mentionné le nombre minimal de candidats que l'État prévoit d'inviter à soumissionner. Ce nombre ne peut être inférieur à trois. Le cas échéant, l'avis doit aussi indiquer le nombre maximal de candidats.

Il faut, d'autre part, que le montant du loyer prévu par la convention soit déterminé principalement par le montant des travaux à réaliser (ou par le montant des prestations de services attendues du bailleur) et que celui de l'opération soit inférieur à un montant fixé par arrêté du ministre chargé de l'Économie, ou que l'appel d'offres ait été infructueux. Dans ce cas, un nouvel avis d'appel public à la concurrence doit être publié au préalable.





Attribution du contrat et formalités postérieures à accomplir

Choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, infructuosité, renonciation à poursuivre

Quel que soit le type de procédure auquel la personne publique a eu recours, la personne publique doit attribuer le contrat au candidat ayant présenté l'offre répondant le mieux aux critères définis dans l'avis d'appel public à concurrence, ou le cas échéant, dans le règlement de consultation et qui apparaît comme étant l'**offre économiquement la plus avantageuse** (OEPA) [102].

Ce choix doit dans le cas des AOT-LOA être effectué conformément aux articles 53 et 55 du CMP.

Si aucune offre n'apparaît satisfaisante au regard des critères définis préalablement, la personne publique peut déclarer la procédure infructueuse.

Elle peut également renoncer à poursuivre la passation du contrat, elle doit alors en informer les candidats [103].

Signature du contrat et formalités obligatoires



Quel que soit le contrat devant être signé, il est indispensable, pour que la signature du contrat soit valable, que la personne publique **informe les candidats malheureux** du rejet de leur offre et qu'elle laisse passer au moins dix jours entre la date de notification de cette information et la date de signature du contrat [104].



La personne publique devra par ailleurs indiquer par écrit au(x) candidat(s) qui le demande, les motifs du rejet de son offre, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du contrat [105].

Le contrat doit également être **notifié à l'attributaire** avant tout commencement d'exécution.

102. Article L. 1414-9 du CGCT ; article L. 6148-5-1 du Code de la santé publique ; article 8 du décret du 6 janvier 2004.

103. Article L. 1414-10 du CGCT, article 9 de l'ordonnance applicable aux BEAH en vertu de l'article 6148-5 du CSP.

104. Article L. 1414-10 du CGCT ; article 9 de l'ordonnance, applicable aux BEAH en vertu de l'article 6148-5 du CSP ; article 3 du décret du 6 janvier 2004 ; article 76 du CMP.

105. Article L. 1414-10 du CGCT ; article 9 de l'ordonnance applicable aux BEAH en vertu de l'article 6148-5 du CSP, article 77 du CMP.





S'agissant des contrats de partenariat et des BEAH, la personne publique doit, dans le délai de trente jours à compter de cette notification, envoyer pour publication un **avis d'attribution au *Journal officiel de l'Union européenne*** [106].

On retrouve également à cette phase de la procédure deux spécificités propres aux contrats de partenariat des collectivités locales et établissements publics locaux.

En effet, **l'organe délibérant** doit autoriser la signature du contrat de partenariat par l'organe exécutif ou déclarer la procédure infructueuse.

À cette fin, le projet de délibération est accompagné d'une information comportant le coût prévisionnel global du contrat, en moyenne annuelle, pour la personne publique et l'indication de la part que ce coût représente par rapport à la capacité de financement annuelle de la personne publique [107].

Le contrat doit d'autre part être **transmis au représentant de l'État** dans le département, la région ou la collectivité de Corse, dans un délai de quinze jours à compter de sa signature [108].

106. Article 9 de l'ordonnance applicable aux BEAH en vertu de l'article 6148-5 du CSP.

107. Article L. 1414-10 du CGCT.

108. Article L. 1414-15 du CGCT.



Contrôle et contentieux de la passation des contrats de PPP

Traditionnellement moins présents dans la jurisprudence ou la doctrine que les questions liées à l'exécution du contrat, les développements consacrés au contrôle et au contentieux de la passation des partenariats public-privé ont pris une dimension nouvelle depuis quelques années. Ce foisonnement jurisprudentiel, législatif et réglementaire commande une remise en perspective. Sous le vocable de « partenariats public-privé » seront regroupés les conventions de délégation de service public, les contrats de partenariat ainsi que certains montages complexes (BEA, conventions non détachables des BEA, conventions de bail du décret n° 2004-18 du 26 avril 2004, etc.) [109]. La dimension locale de ces contrats sera privilégiée.

De cette tentative de portrait d'ensemble, on peut tirer deux constats : si aux acteurs traditionnels du contrôle de la passation des partenariats public-privé se sont adjoints des acteurs nouveaux ou dotés de moyens renouvelés, le contentieux de la passation desdits partenariats a vu s'accroître le rôle du juge répressif et du juge de la concurrence.



Le contrôle de la passation des partenariats public-privé

Dans la gestion déléguée des services publics locaux comme dans l'ensemble des domaines d'intervention des collectivités locales, un contrôle *a posteriori* des actes, exercé par le juge, a remplacé ces vingt dernières années le contrôle *a priori* par les services de l'État. La suppression de la tutelle de l'État sur les collectivités locales, dans ses formes administratives et financières, a constitué l'un des apports majeurs de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982, les actes pris par les collectivités locales étant depuis présumés exécutoires dès leur

109. Ce regroupement, assurément, ne revient pas à faire l'économie de la distinction entre contrats de partenariat et conventions de délégation de service public et, en particulier, n'implique pas d'éluder la question de la possibilité ou non pour un contrat de partenariat de confier l'exécution d'un service public et, de ce fait, de posséder un objet similaire à celui d'une délégation de service public. Cette question qui divise la doctrine n'est toujours pas résolue.



transmission au représentant de l'État dans le département et dès qu'ils ont été publiés, affichés ou notifiés aux intéressés. En dépit de cette évolution, les pouvoirs locaux restent néanmoins soumis à un contrôle étroit de leurs actes, qu'il s'agisse de la gestion contractuelle des services publics locaux ou des contrats de partenariat.

À la diversité des actes contrôlés s'ajoute celle des autorités de contrôle. En sus du représentant de l'État et des chambres régionales des comptes, contrôleurs traditionnels de la régularité entre autres de la vie contractuelle locale, sont apparus de nouveaux acteurs, organes de l'État ou simples administrés. Ainsi, certains organismes administratifs dotés de pouvoirs de contrôle spécifiques ont été créés, à l'exemple de la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés et les conventions de délégation de service public (MIEM). Dans le même temps, qu'ils se présentent sous la qualité de citoyens, contribuables, usagers ou électeurs, les administrés ont vu leur pouvoir de contrôle s'accroître afin, si besoin, de sanctionner sur le terrain du droit les actes pris par les autorités locales. C'était là leur reconnaître un droit à l'efficacité dans la gestion contractuelle des services publics locaux et, depuis peu, des contrats de partenariat.

Les contrôles traditionnels

Les contrôles exercés par le préfet et le juge des comptes demeurent des contrôles traditionnels.

Le contrôle de légalité préfectoral

Le contrôle de légalité sur les contrats est l'un des aspects du contrôle auxquels sont soumis les actes des collectivités territoriales. Depuis 1982, le préfet ne peut plus annuler lui-même les actes des autorités locales ni en suspendre l'exécution : les actes des autorités locales sont dits exécutoires. Le préfet ne peut dès lors que saisir le juge par la voie de la procédure dite de « *déféré préfectoral* » dans le but de voir prononcée l'annulation du contrat. Ce contrôle préfectoral est l'un des moyens par lequel le représentant de l'État dans le département assure la mission que l'article 72 de la Constitution lui confie, soit la charge des « *intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois* ». Cette mission constitutionnelle explique que la procédure du déféré préfectoral diffère de celle du recours pour excès de pouvoir : le préfet a toujours intérêt à agir. Les actes considérés comme les plus importants demeurent soumis à une obligation de transmission au représentant du gouvernement, dont de nombreux actes ayant trait à la gestion contractuelle des services publics locaux, notamment les délibérations des assemblées, les marchés publics, les conventions de délégation de service public. Il en va de même pour les contrats





de partenariat. Une procédure particulière a été conçue pour les contrats.

Les actes soumis à l'obligation de transmission

D'un point de vue organique sont concernés tous les actes pris par les collectivités territoriales et leurs établissements publics (à l'exception des établissements publics de santé, dont le contrôle de légalité des actes appartient au directeur de l'Agence régionale de l'hospitalisation), mais également par certaines personnes morales de droit privé chargées d'un service public : c'est le cas des décisions relevant de l'exercice de prérogatives de puissance publique, prises par les sociétés d'économie mixte locales pour le compte d'une commune ou d'un établissement public de coopération intercommunale et à chaque fois qu'un mandataire privé prend des actes au nom et pour le compte d'une collectivité locale.

D'un point de vue matériel, les actes à transmettre au représentant de l'État sont énumérés aux articles L. 2131-2 (pour les communes), L. 3131-2 (pour les départements), L. 4141-2 (pour les régions) du CGCT, L. 5211-1 et suivants pour les EPCI. Il y est prévu que sont soumis à une obligation de transmission, notamment :



1 – toutes les délibérations de l'assemblée délibérante, qu'elles soient ou non créatrices de droit ;

2 – les décisions prises par l'exécutif local, en vertu d'une délégation de l'assemblée délibérante ;

3 – les conventions relatives aux emprunts ;

4 – les conventions relatives aux marchés, à l'exception des marchés passés sans formalité préalable en raison de leur montant ;

5 – les conventions de concession ou d'affermage de services publics locaux ;

6 – les contrats de partenariat (article L. 1414-15 du CGCT inséré par l'ordonnance nº 2004-559 du 17 juin 2004 article 14, *JO* du 19 juin 2004 : « *Le contrat de partenariat est transmis par application des articles L. 2131-2, L. 3131-2 et L. 4141-2 au représentant de l'État dans le département, la région ou la collectivité territoriale de Corse, dans un délai de quinze jours à compter de sa signature. La collectivité territoriale ou l'établissement public y joint l'ensemble des pièces nécessaires à l'exercice du contrôle* »).



À ces actes obligatoirement transmis s'ajoutent leurs corollaires, soit les pièces annexes sans lesquelles les services de l'État ne sauraient assurer pleinement leur contrôle. Les délibérations et les décisions prises par délégation doivent ainsi, non seulement être transmi-





ses dans leur intégralité, mais aussi être accompagnées de tous les documents annexes nécessaires pour mettre le représentant de l'État à même d'apprécier la portée et la légalité de l'acte. Dans le cas particulier des délibérations approuvant un contrat ou autorisant sa conclusion, les documents contractuels font partie des pièces annexes à transmettre. De plus, le préfet ou ses délégataires peut demander, pour l'exercice de son contrôle de légalité, que des pièces complémentaires lui soient fournies. Enfin, et s'agissant des délégations de service public, si l'article L. 1411-9 du CGCT a prévu qu'un décret établirait une liste du même ordre que celle qui est applicable aux marchés publics, ce texte n'a jamais été pris. Le critère général en vigueur pour les délibérations et les décisions prises par délégation s'applique donc également aux conventions de délégations de service public : les documents annexes indispensables au contrôle de la légalité doivent être transmis.

On notera que lorsque le préfet ne peut déférer un contrat parce que ce dernier ne figure pas dans la liste des actes soumis à une obligation de transmission, il peut néanmoins déférer la délibération qui autorise sa conclusion. En cas d'annulation de la délibération, le contrat sera alors privé de base légale. Au demeurant, même s'il n'est pas soumis à une obligation de transmission, un contrat peut toujours faire l'objet d'un recours en annulation du préfet. En prévoyant l'obligation de transmettre certains actes au représentant du gouvernement, le législateur, en effet, n'a pas entendu limiter la faculté reconnue au préfet de former un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de tous les actes des collectivités territoriales. De même doit-on considérer qu'une décision implicite d'une collectivité locale, c'est-à-dire résultant du silence gardé, peut faire l'objet d'un déféré.

La procédure

En matière de contrats, une procédure particulière et plus contraignante que celle en vigueur pour les autres actes est prévue par l'article L. 1411-9 du CGCT. Lorsqu'un marché public ou une délégation de service public est conclu par la collectivité locale, celle-ci doit accomplir trois formalités :

1 – transmettre la convention signée avec le cocontractant de la collectivité au préfet dans les quinze jours de sa signature ;

2 – certifier au cocontractant, par une mention apposée sur la convention au moment où elle est notifiée, que celle-ci a bien été transmise au préfet, en précisant la date de cette transmission ;

3 – informer le préfet, dans les 15 jours suivant cette notification au cocontractant, de la date à laquelle cette notification a été effectuée.





Partant, est illégal tout acte, délibération ou contrat soumis à obligation de transmission qui prévoit d'entrer en vigueur avant la date de sa transmission au préfet. Ainsi de la signature d'un contrat à la date de la délibération l'autorisant, si celle-ci n'a été transmise que postérieurement en préfecture. Toutefois, aucun principe d'ordre public ne s'oppose à ce qu'un avenant à un marché fixe une date de fin des travaux antérieure à sa signature, dès lors qu'aucune stipulation de cet avenant ne prévoyait une entrée en vigueur antérieure à sa transmission.

Une fois qu'elle a pris connaissance du document transmis, l'autorité préfectorale, si elle entend agir, peut former un recours gracieux auprès de l'auteur de l'acte, lui demander de transmettre des pièces complémentaires, ou déférer l'acte qu'elle estime illégal au tribunal administratif territorialement compétent.

Un délai de deux mois est imparti au préfet pour déférer l'acte au tribunal administratif (article L. 2131-6 du CGCT). Il court en principe à compter de la réception de l'acte. Ce délai est franc : il commence donc à courir le jour ouvrable suivant celui de la réception. Lorsque le préfet défère un acte au tribunal administratif, il en informe sans délai l'autorité locale en lui précisant les illégalités invoquées à l'encontre de l'acte concerné. À l'inverse, cette fois sur demande de l'exécutif local, le préfet informe ce dernier de son intention de ne pas déférer au tribunal administratif un acte qui lui a été transmis (article L. 2131-6, 2e alinéa du CGCT). Les deux premiers alinéas de l'article L. 2131-6 du CGCT renvoyant notamment à l'article L. 2131-2 du même Code, leurs dispositions s'appliquent aux contrats de partenariat.

Le représentant de l'État peut assortir son recours d'une demande de suspension [110]. Le juge devra alors statuer dans un délai d'un mois et fera droit à cette demande si l'un des moyens invoqués paraît, en l'état de l'instruction, propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'acte attaqué (article L. 2131-6, 3e alinéa du CGCT). La demande de suspension en matière de marchés et de délégation de service public, formulée par le représentant de l'État dans les dix jours à compter de la réception de l'acte, entraîne la suspension de celui-ci. Toutefois, l'acte redevient exécutoire si le juge des référés n'a pas statué dans le mois qui suit sa réception. Lorsque le préfet considère que l'acte attaqué est de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle, le mécanisme est le même, mais le délai pendant lequel le caractère exécutoire de l'acte attaqué est suspendu est réduit : le juge des référés doit se prononcer dans les quarante-huit heures. En l'état actuel, ces dispositions ne régissent pas les contrats de partenariat.

110. Les déférés suspensions sont des référés repris aux articles L. 554-1 et suivants du Code de justice administrative.





L'article L. 1411-18 du CGCT offre la possibilité au préfet, dans le cadre du contrôle de légalité, de transmettre à la chambre régionale des comptes les conventions relatives aux délégations de service public. La chambre formule un avis dans le mois qui suit cette transmission, avis communiqué aux élus. Là non plus, et sans qu'il soit possible d'avancer une explication valable, les contrats de partenariat n'entrent pas dans le champ d'application de l'article L. 1411-18.

Le contrôle du juge des comptes

Le contrôle du juge des comptes s'exerce tant sur le choix du délégataire que sur les comptes de ce dernier.

Le contrôle du choix du délégataire

Le préfet peut transmettre à la chambre régionale des comptes les conventions de délégation de service public en vertu de l'article L. 234-1 du Code des juridictions financières [111]. Il en informe la collectivité territoriale ou l'établissement concerné. La chambre, après avoir mis en demeure l'ordonnateur de la collectivité délégante de présenter ses observations dans un délai d'un mois, formule dans le même délai un avis transmis au préfet et à l'autorité exécutive de la personne publique délégante, qui doit en informer l'assemblée délibérante. L'avis est mis à la disposition du public.



Le contrôle des comptes du délégataire

Aux termes de l'article L. 1411-3 du CGCT, « *Le délégataire produit chaque année avant le 1er juin à l'autorité délégante un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la délégation de service public et une analyse de la qualité du service. Ce rapport est assorti d'une annexe permettant à l'autorité délégante d'apprécier les conditions d'exécution du service public. Dès la communication de ce rapport, son examen est mis à l'ordre du jour de la plus prochaine réunion de l'assemblée délibérante qui en prend acte* ». Cette disposition s'applique à tous les contrats de délégation de service public (d'autres dispositions plus particulières régissent en outre les

111. « *Le contrôle des conventions relatives à des délégations de service public est régi par les dispositions de l'article L. 1411-18 du Code général des collectivités territoriales ci-après reproduit : "Art. L. 1411-18. – Les conventions relatives à des délégations de service public peuvent être transmises par le représentant de l'État dans le département à la chambre régionale des comptes. Il en informe l'autorité territoriale concernée. La chambre régionale des comptes examine cette convention. Elle formule ses observations dans un délai d'un mois à compter de sa saisine. L'avis de la chambre régionale des comptes est transmis à la collectivité territoriale ou à l'établissement public intéressé et au représentant de l'État. Les dispositions de l'article L. 242-2 du Code des juridictions financières sont applicables. L'assemblée délibérante est informée de l'avis de la chambre régionale des comptes dès sa plus proche réunion"* ».





concessions, les affermages et les régies intéressées, voir les articles R. 2222-1 à 6 du CGCT) [112].

Sur cette base, et dans le cadre du contrôle des comptes de l'autorité délégante, les juridictions des comptes assurent la vérification du rapport et des comptes produits par le délégataire en vertu du dernier alinéa de l'article L. 211-8 du Code des juridictions financières [113] et de l'article L. 111-4 du même Code [114]. À cet effet, les magistrats financiers ont accès à l'ensemble des comptes de la société délégataire. Le Code des juridictions financières dispose ainsi que « *Pour l'exécution de leur mission, les rapporteurs procèdent à toutes investigations qu'ils jugent utiles sur pièces et sur place* » et que ces investigations « *comportent, en tant que de besoin, toutes demandes de renseignements, enquêtes ou expertises* », (article R. 141-2). En substance, les magistrats des chambres régionales des comptes disposent pour leur contrôle de trois prérogatives : le recours possible à un expert, désigné par le président de la chambre, la demande d'audition de tout représentant, administrateur ou agent des administrations et organismes contrôlés et le droit d'accès aux documents.



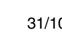
Le magistrat peut ainsi convoquer, pour une audition, tout représentant, administrateur, fonctionnaire ou agent des collectivités, établissements, sociétés, groupements et organismes contrôlés, ainsi que, pour les besoins du contrôle, tout représentant ou agent de l'État en fonctions dans le ressort de la chambre régionale des comptes et tout membre des services d'inspection et corps de contrôle. Le destinataire d'une telle convocation a l'obligation d'y répondre. Mais l'accès aux documents de la collectivité est la prérogative la plus fréquemment et la plus intensément utilisée par les contrôleurs. Il est défini dans des termes très larges par l'article L. 241-1 du Code des juridictions financières [115]. De manière générale, les rapporteurs peuvent se faire délivrer copie des pièces nécessaires à l'instruction des affaires qui leur sont confiées, ont accès à l'ensemble des systèmes électro-

112. Pour le contenu de ce rapport, voir dernièrement le décret n° 2005-236 du 14 mars 2005 relatif au rapport annuel du délégataire de service public local, *JO* du 18 mars 2005, p. 4570, texte n° 2.

113. « *La chambre régionale des comptes peut également dans le cadre du contrôle des comptes de l'autorité délégante, vérifier auprès des délégataires de service public les comptes qu'ils ont produits aux autorités délégantes* ».

114. « *La Cour des comptes assure la vérification des comptes et de la gestion des entreprises publiques ainsi que, dans le cadre du contrôle des comptes de l'autorité délégante, du rapport produit par le délégataire en application de l'article 40-1 de la loi nº 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques* ».

115. « *La chambre régionale des comptes est habilitée à se faire communiquer tous documents, de quelque nature que ce soit, relatifs à la gestion des collectivités publiques, des établissements publics et des autres organismes soumis à son contrôle* ».





niques et informatiques ainsi qu'à tous les immeubles dont sont propriétaires, locataires ou occupant les collectivités contrôlées. Ils peuvent enfin procéder à la vérification de leurs fournitures, matériels, travaux et constructions.

Ce pouvoir général d'investigation se double de deux prérogatives supplémentaires. D'une part, le magistrat contrôleur peut demander aux commissaires aux comptes tous renseignements sur les sociétés qu'ils contrôlent et peut exercer directement le droit de communication que les agents des services financiers tiennent de la loi, ce qui signifie qu'il peut demander aux banques, par exemple, la communication de relevés de comptes et de copies de chèques. D'autre part, pour la vérification des conditions d'exécution des délégations de service public passées par les collectivités soumises à son contrôle, le magistrat est habilité à prendre connaissance, auprès des cocontractants, des factures, livres et registres pouvant se rapporter aux opérations visées par la délégation. Il peut leur demander par écrit toute justification complémentaire et obtenir copie de ceux des documents présentés qu'il estime utiles. Toutefois, un avis d'enquête doit alors être établi préalablement par le président de la chambre et adressé à l'entreprise délégataire. Cet avis indique, outre le nom du rapporteur, et contrairement à la lettre reçue en début de procédure par l'exécutif d'une collectivité publique, les opérations et la période vérifiées. Dans ce cas, le contrôle ne porte pas sur l'ensemble des comptes de la société cocontractante, mais seulement sur les documents se rapportant à l'exécution de cette délégation. Il est à noter que le secret professionnel ne peut être opposé aux magistrats financiers.





Pour les contrats de partenariat, il est prévu à l'article L. 1414-14 du CGCT qu'un rapport annuel, établi par le cocontractant, est présenté par l'exécutif de la collectivité territoriale ou de l'établissement public, avec ses observations éventuelles, à l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou à l'organe délibérant de l'établissement public, afin de permettre le suivi de l'exécution du contrat. Pour l'heure, le dernier alinéa de l'article L. 211-8 du Code des juridictions financières et de l'article L. 111-4 du même Code ne mentionnant que le rapport produit par le délégataire, on doit considérer que les juridictions des comptes ne sont pas chargées d'assurer la vérification du rapport et des comptes produits par le cocontractant à l'occasion du rapport annuel précité prévu pour les contrats de partenariat.

Les contrôles nouveaux ou renouvelés

Les nouveaux contrôles sont incarnés par les missions dévolues à la MIEM. Les contrôles qu'exercent les administrés et les citoyens illustrent quant à eux la catégorie des contrôles renouvelés.



La Mission interministérielle d'enquête sur les marchés et conventions de délégation de service public (MIEM)

La Mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics et les délégations de service public (MIEM), instituée par l'article premier de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés, est d'une nature particulière. Elle n'est pas une autorité administrative indépendante. Elle est composée de magistrats, de fonctionnaires de catégorie A et d'officiers nommés pour quatre ans par arrêté interministériel. Dotée d'un chef de mission, magistrat de l'ordre judiciaire, elle comprend sept membres permanents et douze membres non permanents. Si l'indépendance de ses membres n'est pas garantie expressément par la loi, en pratique, cette indépendance est respectée. En témoigne en particulier le fait que les dossiers dont elle est saisie ne lui sont jamais retirés. Les missions dont elle a la charge s'exercent dans le respect du principe du contradictoire.

Missions

La MIEM ne prononce pas de sanctions mais établit des faits et constate des infractions. Elle concerne directement les services publics locaux puisqu'elle est notamment chargée de procéder à des enquêtes portant sur les conditions de régularité et d'impartialité dans lesquelles sont préparés, passés ou exécutés les marchés et les conventions de délégation de service public des collectivités territoriales, des établissements publics locaux, administratifs ou industriels et commerciaux, et des sociétés d'économie mixte locales. Sa compétence s'étend donc au-delà du champ d'application du Code des marchés publics et peut porter sur des contrats de droit privé tout autant que sur des manquements au regard du droit comptable ou du droit de la fonction publique.

La MIEM ne peut s'autosaisir. Les enquêtes sont diligentées à la demande de la Cour des comptes, du Premier ministre ou du ministre chargé de l'Économie et des Finances, quel que soit le contrat ou l'organisme concerné, de même que par le chef de la mission lorsque l'enquête sur un marché ou une convention de délégation de service public fait présumer des irrégularités dans d'autres marchés ou conventions. Les autres ministres ne sont pas habilités à solliciter l'ouverture d'enquête en matière de services publics locaux, puisque leur droit de saisir la mission est limité (article 2 de la loi du 3 janvier 1991) aux établissements et aux sociétés d'économie mixte placés sous leur tutelle. En revanche, le préfet dispose de cette compétence lorsque l'enquête qu'il entend faire diligenter concerne des marchés ou des conventions de délégation de service public passés dans le





ressort de son département par les collectivités territoriales, leurs établissements publics et les sociétés d'économie mixte locales.

Pour les nécessités de l'enquête, et sans qu'ils puissent se voir opposer le secret professionnel, les membres de la mission peuvent non seulement accéder à tout document ou élément d'information détenu par l'organisme visé par le contrôle (livres, factures, tous autres documents professionnels) et en prendre copie, mais également accéder à tous locaux, terrains ou moyens de transport, à usage professionnel.

Par ailleurs, les membres de la MIEM sont légalement habilités à constater le délit d'octroi d'avantage injustifié (ou « *délit de favoritisme* ») prévu à l'article 432-14 du Code pénal. Pour la recherche et la constatation de ce délit, ils peuvent procéder à des visites en tous lieux, ainsi qu'à la saisie de documents, à condition d'obtenir du président du tribunal de grande instance une autorisation judiciaire délivrée par ordonnance et motivée par l'indication des éléments de fait et de droit retenus. La Cour de cassation, le 1er décembre 2004 (arrêt n° 6819), a jugé « *que les actes ayant pour objet la constatation de l'infraction prévue par l'article 432-14 du Code pénal, accomplis par les membres de la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés habilités à cet effet par l'article 7 de la loi du 3 janvier 1991, sont interruptifs de prescription* ».



La loi du 3 janvier 1991 n'a pas été modifiée afin d'étendre la compétence de la MIEM aux contrats de partenariat.

Respect du principe du contradictoire

Si elle dispose de pouvoirs d'enquête étendus, la MIEM doit également respecter le principe du contradictoire. Les modalités d'application de ce principe sont décrites aux articles 121 et 122 du Code des marchés publics (décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004).

Ainsi, au terme des investigations menées à l'égard du marché à propos duquel l'enquête a été ouverte (marché d'une collectivité territoriale, d'un établissement public local ou d'une société d'économie mixte locale), les rapports et comptes rendus d'audition sont transmis au représentant légal de la collectivité ou de l'organisme concerné. Celui-ci dispose d'un délai de quinze jours à compter de la notification du rapport pour faire connaître ses observations éventuelles. Le rapport peut ensuite être transmis au préfet et à l'autorité qui a demandé l'enquête, accompagné des observations du représentant légal de la collectivité ou de l'organisme. De plus, un double des comptes rendus d'audition est laissé aux parties entendues. Enfin, les conclusions de ces rapports sont portées, pour ce qui les concerne, à la connaissance des personnes mises en cause.







Si rien n'est prévu à cet égard, on peut se demander ce qui interdirait de considérer que les modalités selon lesquelles se décline le principe du contradictoire dans le cadre des marchés publics sont applicables aux conventions de délégation de service public.

Le contrôle des administrés et des citoyens

Le contrôle exercé par les administrés sur les partenariats public-privé conclus à l'échelle locale se décline selon les trois qualités que les administrés peuvent revêtir : contribuables, usagers du service ou électeurs. En dehors même de leur qualité d'administrés, les citoyens, sans distinction, ont accès à certaines informations.

Le contrôle des administrés contribuables

La qualité de contribuable d'une collectivité locale emporte des droits. Un droit d'action en substitution est ainsi conféré au contribuable communal, notamment pour le contrôle de la gestion des services publics, par le CGCT (article L. 2132-5). Depuis la loi n° 99-586 du 12 juillet 1999, le contribuable intercommunal (article L. 5211-38 du CGCT) et depuis la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 le contribuable départemental et régional (respectivement articles L. 3133-1 et L. 4143-1 du CGCT) bénéficient du même droit d'action.




Il consiste en la possibilité pour ledit contribuable d'exercer, tant en demande qu'en défense, à ses frais et risques, les actions qu'il croit appartenir à la collectivité locale au rôle de laquelle il est inscrit et que cette collectivité a refusé ou négligé d'exercer. Ce droit est ouvert pour tous les types de droits que la collectivité aurait méconnus : action civile, action devant le juge répressif, recours devant le juge administratif, en première instance ou en appel.

Toutefois, l'exercice de ce droit est encadré par deux limites. D'une part, il est nécessaire que la collectivité locale en cause ait été préalablement appelée à délibérer sur ce point. D'autre part, si la collectivité refuse d'accéder à la demande qui lui est faite, ou néglige de répondre dans un délai de quatre mois, le contribuable doit encore obtenir du tribunal administratif une autorisation de plaider. Celle-ci ne sera délivrée que si l'action remplit deux conditions cumulatives : offrir un intérêt pour la commune et présenter des chances sérieuses de succès.

Le contrôle des administrés usagers du service

Hors de sa qualité de contribuable, l'habitant d'une collectivité, en tant qu'usager du service public, exerce également, depuis peu, un contrôle accru sur les décisions prises par la collectivité gérant un service public local. Ainsi, la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative



à la démocratie de proximité (codifiée sur ce point à l'article L. 1413-1 du CGCT) fait obligation à toute région, département, commune de plus de 10 000 habitants, établissement public de coopération intercommunale de plus de 50 000 habitants et syndicat mixte comprenant au moins une commune de plus de 10 000 habitants, de créer une commission consultative des services publics locaux pour l'ensemble des services publics, qu'ils soient confiés à un tiers par convention de délégation de service public ou exploités en régie dotée de l'autonomie financière.

Cette commission est présidée par le président de l'assemblée délibérante de la collectivité et comprend des membres de cette assemblée, désignés dans le respect du principe de la représentation proportionnelle, mais également des représentants d'associations locales, nommés par l'assemblée délibérante.

Elle dispose de trois moyens de contrôle. La majorité des membres de la commission peut tout d'abord demander l'inscription à l'ordre du jour de toute proposition relative à l'amélioration des services publics locaux. De plus, la commission examine chaque année le rapport établi par le délégataire de service public, les rapports sur le prix et la qualité du service public d'eau potable, sur les services d'assainissement et sur les services de collecte, d'évacuation ou de traitement des ordures ménagères ainsi qu'un bilan d'activité des services exploités en régie dotée de l'autonomie financière.





Depuis l'ordonnance du 17 juin 2004, elle examine également le rapport mentionné à l'article L. 1414-14 du CGCT établi par le cocontractant d'un contrat de partenariat (article L. 1413-1, 8e alinéa du CGCT). Elle est enfin obligatoirement consultée pour avis par l'assemblée délibérante ou par l'organe délibérant sur tout projet de délégation de service public, de création d'une régie dotée de l'autonomie financière ou de projet de partenariat avant que l'assemblée délibérante ou l'organe délibérant ne se prononce dans les conditions prévues à l'article L. 1414-2 (article L. 1413-1, 12e alinéa du CGCT).

Le contrôle des administrés électeurs

Les moyens de contrôle de l'électeur sur la gestion des services publics locaux se sont considérablement accrus depuis la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité. Les articles L. 2142-1 à L. 2142-8 ont ainsi organisé le droit des habitants de la commune à être consultés sur les décisions qui les concernent. À la suite de leur abrogation à compter du 1er janvier 2005 par l'article 122-IV de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004, les modalités de ce droit ont été réaménagées et étendues (articles L. 1112-15 à 1112-22 et L. 5211-49 à L. 5211-54 du CGCT).



En substance, les électeurs d'une collectivité territoriale peuvent être consultés sur les décisions que les autorités de cette collectivité envisagent de prendre pour régler les affaires relevant de la compétence de celle-ci. La consultation peut être limitée aux électeurs d'une partie du ressort de la collectivité, pour les affaires intéressant spécialement cette partie de la collectivité.

Dans une commune, un cinquième des électeurs inscrits sur les listes électorales et, dans les autres collectivités territoriales, un dixième des électeurs, peuvent demander à ce que soit inscrite à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante de la collectivité l'organisation d'une consultation sur toute affaire relevant de la décision de cette assemblée. La décision d'organiser la consultation appartient à l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale. À cet effet, l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale arrête le principe et les modalités d'organisation de la consultation. Sa délibération indique expressément que cette consultation n'est qu'une demande d'avis. Elle fixe le jour du scrutin et convoque les électeurs. Elle est transmise deux mois au moins avant la date du scrutin au représentant de l'État. Si celui-ci l'estime illégale, il dispose d'un délai de dix jours à compter de sa réception pour la déférer au tribunal administratif. Il peut assortir son recours d'une demande de suspension. Les électeurs font connaître par « *oui* » ou par « *non* » s'ils approuvent le projet de délibération ou d'acte qui leur est présenté. Après avoir pris connaissance du résultat de la consultation, l'autorité compétente de la collectivité territoriale arrête sa décision sur l'affaire qui en a fait l'objet. Pareillement, un cinquième des électeurs inscrits sur les listes électorales des communes membres d'un établissement public de coopération intercommunale peuvent demander à ce que soit inscrite à l'ordre du jour de l'organe délibérant l'organisation d'une consultation sur une affaire relevant de sa décision. Dans l'année, tout électeur ne peut signer qu'une seule demande tendant à l'organisation d'une consultation. La décision d'organiser la consultation, selon les dispositions prévues à l'alinéa ci-dessus, appartient à l'organe délibérant de l'établissement public.



On peut donc supposer que toute décision relative à un partenariat public-privé est susceptible de faire l'objet d'une consultation.

Autre instrument confié au citoyen pour contrôler les collectivités, le droit de pétition, accordé par le nouvel article 72-1 de la Constitution, issu de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003. Il concerne les électeurs de la collectivité locale, c'est-à-dire les personnes inscrites sur ses listes électorales. Même si les élus locaux restent libres de donner suite ou non à la démarche, ce droit de pétition permet de demander l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante de la collectivité d'une question relevant de sa compétence.



Là encore, toute question relative à un partenariat public-privé est susceptible de faire l'objet d'une pétition afin qu'elle soit inscrite à l'ordre du jour.

Le contrôle du public

Sans même que soit exigée la qualité de contribuable, d'électeur ou d'usager, le législateur a entendu permettre l'accès des citoyens à l'information de plusieurs manières.

Très largement, l'article L. 2121-26 du CGCT prévoit que toute personne physique ou morale a le droit de demander communication des procès-verbaux du conseil municipal, des budgets et des comptes de la commune et des arrêtés municipaux. Chacun peut les publier sous sa responsabilité. La personne visée au premier alinéa désireuse de se faire communiquer la copie des budgets ou des comptes d'une commune peut l'obtenir, à ses frais, aussi bien du maire que des services déconcentrés de l'État. La communication des documents susmentionnés intervient dans les conditions prévues par l'article 4 de la loi nº 78-753 du 17 juillet 1978. Ces dispositions sont applicables aux départements (article L. 3313-1 du CGCT) et aux régions (article L. 4312-1 du CGCT).

De même l'article 10 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 – modifiée par la loi n° 2003-590 du 2 juillet 2003, article 94 – prescrit-il que sont communicables à toute personne qui en fait la demande les budgets et les comptes des autorités administratives mentionnées à l'article 1er (État, collectivités territoriales, établissements publics administratifs, organismes de sécurité sociale et les autres organismes chargés de la gestion d'un service public administratif). Cette communication s'effectue dans les conditions prévues par la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978.

Enfin, et dans le même esprit, l'article L. 2313-1 du CGCT dispose que les budgets de la commune restent déposés à la mairie et, le cas échéant, à la mairie annexe où ils sont mis sur place à la disposition du public dans les quinze jours qui suivent leur adoption ou éventuellement leur notification après règlement par le représentant de l'État dans le département. Le public est avisé de la mise à disposition de ces documents par tout moyen de publicité au choix du maire. Dans les communes de 3 500 habitants et plus, les documents budgétaires, sans préjudice des dispositions de l'article L. 2343-2, sont assortis en annexe :

1 – de données synthétiques sur la situation financière de la commune ;

2 – de la liste des concours attribués par la commune aux associations sous forme de prestations en nature et de subventions ;

3 – de la présentation consolidée des résultats afférents au dernier exercice connu du budget principal et des budgets annexes de la commune ;

4 – des tableaux de synthèse des comptes administratifs afférents au dernier exercice connu des organismes de coopération intercommunale dont est membre la commune ;

5 – du bilan certifié conforme du dernier exercice connu des organismes dans lesquels la commune détient une part du capital ou au bénéfice desquels la commune a garanti un emprunt ou versé une subvention supérieure à 75 000 euros ou représentant plus de 50 pour 100 du budget de l'organisme ;

6 – d'un tableau retraçant l'encours des emprunts garantis par la commune ainsi que l'échéancier de leur amortissement ;

7 – des comptes et des annexes produits par les délégataires de service public ;

8 – du tableau des acquisitions et cessions immobilières mentionné au c de l'article L. 300-5 du Code de l'urbanisme ;



9 – d'une annexe retraçant l'ensemble des engagements financiers de la collectivité territoriale ou de l'établissement public résultant des contrats de partenariat prévus à l'article L. 1414-1.



Ces dispositions sont applicables aux départements (article L. 3313-1 du CGCT) et aux régions (article L. 4312-1 du CGCT).

Si les contrats de partenariat ne sont mentionnés que dans la dernière hypothèse, nul doute que l'utilisation des droits que réservent les articles L. 2121-6 du CGCT et 10 de la loi du 12 avril 2000 permettront au public de se tenir informé des implications juridiques, budgétaires et comptables qu'emportent la conclusion et l'exécution de ces contrats.

Au reste, si ce droit à l'information ne débouche à proprement parler sur aucun contrôle, qu'il soit préventif ou qu'il s'exerce *a posteriori* – il constitue néanmoins et théoriquement un contrôle informel puisque aussi bien les collectivités savent que leurs décisions sont accessibles au plus grand nombre.

Le contentieux de la passation des partenariats public-privé

Le contentieux de la passation des partenariats public-privé a lui aussi été marqué par de fortes évolutions. L'office du juge administratif s'est



ainsi enrichi, les procédures d'urgence occupant une place importante à côté du contentieux de l'excès de pouvoir et du contentieux de pleine juridiction. Mais l'évolution la plus marquante demeure l'accroissement du rôle du juge pénal et du juge de la concurrence.

Le juge administratif

L'étude de l'office du juge en matière de passation des partenariats public-privé commande de distinguer entre procédures d'urgence, contentieux de l'excès de pouvoir et contentieux de pleine juridiction.

Les procédures d'urgence

Dans les cas où la requête revêt un caractère d'urgence, le demandeur peut saisir le juge des référés. En matière de contrats, outre le référé précontractuel, véritable innovation, il est possible de recourir à des procédures plus classiques.

Le référé précontractuel

Sur le fondement des articles L. 551-1 et L. 551-2 du Code de justice administrative, le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics, des marchés mentionnés au 2º des articles 24 et 33 de l'ordonnance nº 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics, des contrats de partenariat, des contrats visés au premier alinéa de l'article L. 6148-5 du Code de la santé publique et des conventions de délégation de service public.

Le requérant agit alors dans le cadre du référé précontractuel. Outre le préfet dans le département, dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local, les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, en se voyant, par exemple, privées du contrat au profit d'un concurrent. L'intérêt de ce dispositif réside dans le fait que le juge peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut, c'est selon :

1 – ordonner à la collectivité, à l'origine de ce manquement, de se conformer à ses obligations ;

2 – suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte ;





3 – annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations ;

4 – enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximale de vingt jours.

Les articles L. 551-1 et L. 551-2 du Code de justice administrative reprennent les dispositions des articles L. 22 et L. 23 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel introduits dans le droit positif par les lois de transposition des directives communautaires respectivement en date des 4 janvier 1992 et 29 janvier 1993 et du 29 décembre 1993 (loi n° 92-10 du 4 janvier 1992, relative aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux, *JO* du 7 janvier 1992 ; loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *JO* du 30 janvier 1993 ; loi n° 93-1416 du 29 décembre 1993, relative aux recours en matière de passation de certains contrats de fournitures et de travaux dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, *JO* du 1er janvier 1994). Ils les complètent toutefois afin de conférer à cette procédure toute son efficacité. En outre, ils ont été récemment modifiés par les dispositions de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, par celles de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 et par celles de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005.



• **Champ d'application**

Le référé précontractuel concerne donc les marchés publics, les marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics, les conventions de délégation de service public, les contrats de partenariat et les BEH. Il vise à sanctionner les violations des obligations imposées pour la passation de ces contrats. L'article L. 551-2, très rarement appliqué, est propre aux marchés des entités intervenant dans les secteurs de l'énergie, de l'eau, des transports et des télécommunications, soit les contrats visés à l'article 7-2 de la loi nº 92-1282 du 11 décembre 1992 relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, aujourd'hui repris au 2° de l'article 33 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005.

Si l'identification des contrats énumérés aux articles L. 551-1 et L. 551-2 ne pose pas de difficultés, la question de la soumission au juge du référé précontractuel de la procédure d'évaluation préalable requise pour la conclusion des contrats de partenariat doit être posée. Pour l'heure, rien n'est acquis. En effet, si le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il délègue peut être saisi en cas de



manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des contrats de partenariat, il n'est pas certain que la procédure d'évaluation préalable, dont l'objet est de justifier le recours à ce type de contrats, relève de la procédure de passation du contrat lui-même. Cette procédure d'évaluation préalable, bien qu'elle soit une condition de la conclusion d'un contrat de partenariat en ce qu'elle touche les caractéristiques du projet, a pour seul objet de mettre en concurrence les différentes options de gestion d'un projet au nom de critères juridiques, économiques et financiers. Or l'objet même du référé précontractuel est de garantir entre les candidats à l'attribution d'un marché (ou d'une délégation de service public depuis la « loi Sapin ») le respect des règles de mise en concurrence et de publicité. Partant, si le juge administratif retient une conception stricte du champ d'application du référé précontractuel, il ne devrait donc pas faire porter celui-ci sur la régularité de la procédure d'évaluation préalable.

À l'inverse, et selon une conception plus large, il pourrait cependant considérer que, parce que l'évaluation est une condition préalable à la conclusion d'un contrat de partenariat, elle est susceptible de mettre en jeu des règles de mise en concurrence et de publicité au sens retenu en matière de marchés publics ou de délégations de service public. C'est à cette seule condition que les dispositions du référé précontractuel et les pouvoirs importants qu'elles confèrent au juge, seraient susceptibles de s'appliquer à cette phase de la procédure. L'évaluation préalable ayant notamment pour objet de vérifier que les conditions d'urgence ou de complexité posées à l'article 2 a) de l'ordonnance sont remplies, il en résulte que la décision de lancer la procédure de passation d'un contrat de partenariat pourrait être susceptible d'être soumise au juge au stade du contentieux précontractuel.

- **Les modalités de la requête**

Ont qualité pour agir les personnes qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement commis. Il s'agit avant tout des candidats évincés. Il est également logique d'admettre l'action d'entreprises qui n'ont pas été candidates, au moins lorsque l'absence de candidature résulte d'un défaut de publicité. Peut également agir le représentant de l'État dans le département.

En revanche, n'ont pas intérêt pour agir des personnes autres que celles qui ont vocation à conclure le contrat, et notamment des organismes représentant les intérêts collectifs. La condition selon laquelle les requérants sont les personnes « *susceptibles d'être lésées* » n'est pas interprétée comme impliquant que ces personnes doivent avoir subi un préjudice effectif. Il est possible à un requérant d'invoquer une



illégalité commise envers un autre candidat. Ainsi, toute entreprise candidate à l'obtention d'un marché étant susceptible d'être lésée par tout manquement est fondée à demander la suspension du marché, sans que le juge ait à rechercher si ces irrégularités, de fait, lui ont porté préjudice. On relèvera toutefois la tendance de certaines juridictions du fond à nourrir une approche contraire.

On notera également que depuis le décret n° 2000-1115 du 22 novembre 2000 pris pour l'application de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives et modifiant le Code de justice administrative, (article R. 532-1 du CJA), la personne habilitée à présenter un recours n'a plus l'obligation de formuler une demande préalable.

Reste que les pouvoirs conférés au juge administratif, dans le cadre du référé précontractuel, ne peuvent plus être exercés après la conclusion du contrat. Et le juge ne saurait être tenu de statuer au motif que la signature aurait été apposée irrégulièrement, le contrôle de la validité de la signature n'entrant pas dans sa mission. Il y a également non-lieu à statuer quand la personne publique a procédé, entre-temps, à un nouvel appel d'offres et achevé cette nouvelle procédure par la signature d'un marché ou quand elle a déclaré la procédure sans suite.



Toutefois, et afin de contrecarrer ce que la pratique qualifie de « *course à la signature* », la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 a ajouté à l'article L. 551-1 une disposition selon laquelle le juge « *dès qu'il est saisi,* [...] *peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours* ».

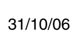
• Les moyens : les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence

Les moyens susceptibles d'être développés à l'appui du référé précontractuel doivent correspondre à des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence applicables à la passation des délégations de service public, lesquelles, pour l'essentiel, résultent des dispositions de la « loi Sapin » et du droit communautaire.

En conséquence, tout autre moyen relatif aux autres règles régissant la passation des délégations de service public ou à l'exécution du contrat sera rejeté par le juge des référés.

• Le jugement

La procédure de référé précontractuel est caractérisée par le souci de rapidité. Ce souci se traduit par l'obligation non sanctionnée de statuer dans les vingt jours (article R. 532-1 du CJA) et par la suppression du double degré de juridiction. Le président du tribunal, ou le magistrat qu'il a délégué, statue ainsi en premier et dernier ressort,





ce qui ne laisse ouvert que le recours en cassation. La procédure de référé précontractuel est également caractérisée par l'oralité, puisque les parties doivent être mises à même de présenter au cours d'une audience publique les observations orales qu'elles jugent utiles à l'appui de leurs observations écrites. Cette obligation d'audience résulte de la jurisprudence. Comme en matière de référé, l'intervention d'un commissaire du gouvernement n'est pas obligatoire.

• **Les pouvoirs du juge**

Dans le cadre de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative, le président peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions tout aussi bien que des mesures ne faisant pas grief, à l'exemple d'un avis, et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Il s'agit donc tantôt de mesures provisoires, tantôt de mesures définitives dont l'objectif est de prévenir l'illégalité et non de réparer *a posteriori* les conséquences d'une telle illégalité. À cet effet, le juge se voit reconnaître un pouvoir d'injonction, celui d'ordonner le sursis à exécution de mesures qui ne constituent pas des décisions faisant grief de même que celui de supprimer des clauses du projet de contrat.

Dans le cadre de l'article L. 551-2 du Code de justice administrative, les pouvoirs du juge sont moins diversifiés : le président du tribunal administratif dispose seulement du pouvoir d'enjoindre à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations. Le texte précise que l'injonction peut être assortie d'une astreinte.

On doit en outre poser la question de l'utilisation du référé précontractuel dans l'hypothèse de la passation des contrats de type AOT-LOA qui ne sont pas expressément visés par l'article L. 551-1 du Code de justice administrative. Sur la base du raisonnement suivi par le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Lille dans une ordonnance du 16 juin 2004, il a été suggéré que les contrats de ce type pouvaient être regardés comme des marchés publics au sens du droit communautaire et qu'il était donc possible de considérer que le juge du référé précontractuel était compétent pour connaître de la procédure applicable [116]. De fait, par ces contrats, l'État fait construire sur un bien immobilier du domaine public lui appartenant,

116. En substance, dans son ordonnance du 16 juin 2004, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Lille a estimé qu'il était compétent pour connaître de la procédure applicable à un BEH avant même que soit expressément prévue, dans le texte de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative, la compétence du juge précontractuel pour ce type de contrats.



un équipement ou un bâtiment répondant à ses besoins, et destiné à lui revenir. Or pour la Commission européenne, ce type de montage constitue un marché public au sens du droit communautaire.

On rappelle également que le Conseil d'État, dans une affaire célèbre (CE, Ass., 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*), a jugé que la procédure du référé précontractuel de l'article L. 22 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel était applicable à un schéma contractuel similaire – montage associant un bail emphytéotique à une convention de financement de travaux par lequel une commune faisait réaliser un casino par une personne privée, chargée en contrepartie de l'exploitation de l'ouvrage.

Reste que si les montages du type AOT-LOA doivent être considérés comme exclus du champ d'application de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative, leur passation demeure soumise aux procédures d'urgence classiques.

Pour en revenir enfin aux contrats de partenariat et à la phase d'évaluation préalable, on relèvera que, quand bien même cette dernière ne serait pas soumise aux dispositions du référé précontractuel, elle n'en sera pas moins sujette à un contrôle de sa régularité par le juge administratif dans le cadre du contentieux de l'annulation. Des requérants et, dans le cas particulier des collectivités territoriales, le préfet, sous la forme du déféré préfectoral, seront donc recevables, aux conditions du droit commun, à introduire l'ensemble des recours qui peuvent être portés devant le juge administratif. Or il pourra s'agir plus spécifiquement des procédures d'urgence (référé suspension de l'article L. 521-1 du CJA, référé liberté de l'article L. 521-2 du même Code, voire référé mesures utiles de l'article L. 521-3) ou des procédures de référé ordinaires (les référés ordinaires se composent du référé constat des articles R. 531-1 et suivants, du référé mesures d'instruction des articles R. 532-1 et R. 532-2, et du référé provision des articles R. 541-1 à R. 541-6). De même, trouveront à s'appliquer les procédures classiques en dehors des référés et principalement le recours en annulation contre les actes administratifs faisant grief qui pourraient intervenir pendant cette phase de la procédure.

Les procédures d'urgence classiques

Plus classiques, le référé suspension, le référé provision, le référé constat, le référé instruction, le référé conservatoire et le référé liberté demeurent ouverts en matière contractuelle.

• **Le référé suspension**

Le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner, dans le cadre d'un recours en annulation d'une décision, la





suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision (article L. 521-1 du CJA). Le champ du référé suspension s'étend à toutes les décisions administratives, même de rejet. Dès lors, certains actes détachables de la passation des contrats sont susceptibles de faire l'objet d'une mesure de suspension bien qu'ils revêtent une forme négative telle que le refus d'admettre un candidat à présenter une offre, le refus de prononcer une résiliation, etc.

- **Le référé provision**

On doit pour mémoire évoquer la procédure du référé provision de l'article R. 541-1 du Code de justice administrative qui prévoit la possibilité d'obtenir une provision lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable. Il peut être utilisé dans le cadre de l'exécution du contrat ou à la suite d'une résiliation.

- **Le référé constat**

Le référé constat permet de demander au juge la désignation d'un expert pour constater, sans délai, des faits qui seraient susceptibles de donner lieu à un litige devant la juridiction administrative (article R. 531-1 du CJA).

- **Le référé instruction**

Le référé instruction permet de demander au juge, sur simple requête et même en l'absence de décision administrative préalable, de prescrire toute mesure utile d'expertise ou d'instruction pour le règlement du litige au principal (article R. 532-1 du CJA).

- **Le référé « mesure utile »**

Le référé « mesure utile » permet de demander au juge, en cas d'urgence et sur simple requête recevable même en l'absence de décision administrative préalable, d'ordonner toutes mesures utiles (article L. 521-3 du CJA). Ces mesures sont destinées à prévenir la survenance ou l'aggravation d'une situation dommageable, ou d'assurer la protection des droits et intérêts d'une partie. Le référé « mesure utile » est très fréquemment employé en contentieux contractuel afin d'obtenir la communication de documents, l'expulsion d'occupants irréguliers du domaine public notamment pour faire place aux nouveaux occupants devant exploiter un service public, ou encore pour l'arrêt de travaux sur le domaine.



• **Le référé liberté**

À tous ces types de référés s'ajoute enfin le référé liberté (article L. 521-2 du CJA), qui peut trouver à s'appliquer également à la gestion contractuelle des services publics locaux ou à un contrat de partenariat. S'il est saisi de cette demande et si l'urgence le justifie (deux conditions communes avec le référé suspension), le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. En tout état de cause, le juge doit alors statuer dans les quarante-huit heures. Constitue des libertés fondamentales au sens de ce référé la liberté d'aller et venir, la liberté individuelle, la libre administration des collectivités territoriales, le droit de propriété, la liberté d'entreprendre, la liberté du commerce et de l'industrie… *A contrario*, ne constitue pas une liberté fondamentale au sens de ce référé la méconnaissance du principe d'égalité, la liberté contractuelle des collectivités territoriales

Le contentieux de l'excès de pouvoir : l'action extra-contractuelle en annulation




Le recours pour excès de pouvoir, à l'appui duquel ne sont utilement invocables que les moyens de légalité, est défini habituellement comme un procès fait à un acte. Comme tel, il ne peut en principe être articulé à l'encontre d'un contrat. Ce principe d'irrecevabilité a reçu une dérogation en matière de contrats de recrutement d'agents publics [117], solution qui, jusqu'à ce jour, n'a pas été étendue à d'autres types de contrats. On sait également que la mission constitutionnelle du préfet emporte pouvoir pour ce dernier, selon les modalités du déféré préfectoral, de saisir le juge d'un recours en annulation contre un contrat d'une collectivité territoriale. Quelle que soit l'opinion qu'il est possible de porter sur l'état du droit, il en résulte que les contrats ne peuvent être affectés qu'indirectement par l'exercice d'un recours pour excès de pouvoir, la légalité des seuls actes détachables du contrat ou de ses clauses réglementaires étant susceptible d'être remise en cause.

Le recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat

La théorie de l'acte détachable est applicable aux actes qui ont trait soit à la passation soit à l'exécution du contrat. Si les tiers sont recevables à déférer les uns et les autres, les parties ne sont recevables à attaquer que les actes détachables préalables à la conclusion du

117. CE, Section, 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*. RFDA, 1999, p. 138.



contrat. Un acte détachable ne peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir qu'à la condition de produire par lui-même des effets juridiques, soit à la condition de faire grief.

• **Typologie des actes détachables**

En ce qui concerne les actes détachables antérieurs à la conclusion du contrat, ils s'entendent de ceux qui acheminent vers la conclusion du contrat jusqu'à ceux qui, le cas échéant, en approuvent la conclusion. On doit alors distinguer entre :

1 – la décision même de conclure le contrat : on entend par là un acte qu'il est possible d'isoler du contrat matériellement voire intellectuellement. Dans ce dernier cas, la décision de conclure le contrat est un acte fictif. Pareillement, la décision de ne pas conclure le contrat constitue un acte détachable du contrat ;

2 – les décisions antérieures à celle de conclure le contrat : ainsi de la délibération de l'assemblée locale décidant de passer le contrat ; de la décision de rejeter une offre, sélectionner une candidature ou attribuer le contrat ; de la délibération autorisant le maire à signer le contrat ;

3 – la décision d'approbation du contrat : si la disparition de la tutelle de l'État a fortement réduit l'intérêt attaché à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir exercé à l'encontre les décisions d'approbation des contrats conclus par les collectivités territoriales, le décret d'approbation de certaines concessions de l'État demeure susceptible de recours pour excès de pouvoir (contrats de concession de la distribution de l'électricité et du gaz ou contrats de concession d'autoroutes) [118].

Plus spécialement, et en dehors même des conventions de délégation de service public, les partenariats public-privé peuvent reposer sur deux séries d'actes juridiques : des autorisations d'occupation du domaine public, qui sont des décisions administratives unilatérales ; des contrats (BEA, conventions non détachables des BEA, conventions de bail du décret n° 2004-18 du 26 avril 2004, etc.) qui reposent eux-mêmes sur des actes individuels détachables. De sorte que pourront faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir non seulement les autorisations d'occupation temporaire mais aussi les actes détachables desdits contrats dans les conditions habituelles.

118. En ce qui concerne les décisions relatives à l'exécution du contrat, elles ne doivent pas, pour être considérées comme détachables, apparaître trop intimement liées aux rapports contractuels : ainsi, par exemple, de l'acte de réception des fournitures livrées, des travaux exécutés par le cocontractant, des sanctions prononcées en application des clauses du contrat ou encore des décisions intéressant les rapports financiers des parties. En revanche, seront jugées détachables les décisions se rapportant à la résiliation ou à la modification du contrat.



• **Les moyens d'annulation des actes détachables**

La contestation des actes détachables peut être fondée non seulement sur leurs vices propres mais également sur l'illégalité des clauses approuvées, et quelle que soit la nature de ces clauses, contractuelle ou réglementaire.

L'illégalité invoquée à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir contre un acte détachable peut ainsi être propre à l'acte attaqué, qu'il s'agisse de sa légalité externe ou interne. Dans le premier cas, l'acte aura été pris par une autorité incompétente ou irrégulièrement composée ou par une assemblée délibérante insuffisamment informée. Dans le second cas, l'acte sera entaché la plupart du temps d'une erreur de droit (méconnaissance de la réglementation applicable en matière d'urbanisme ou violation de droits acquis tirés d'une délibération constituant décision de contracter). Pour les contrats de partenariat, en particulier, sera invoquée l'irrégularité de la procédure d'évaluation.



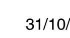
Un acte détachable pourra également être censuré à raison de l'irrégularité du contrat lui-même parce que ce dernier est contraire à une règle de droit objective (ainsi d'un contrat dont l'objet viole les règles établies par la législation sur les installations classées ou dont la durée excède la durée légalement autorisée). On notera que l'annulation de l'acte détachable peut n'être que partielle s'il s'avère que les clauses illégales du contrat sont divisibles par rapport aux autres.

• **Les effets de l'annulation d'un acte détachable**

Si l'annulation de l'acte détachable emporte disparition de ce dernier de l'ordonnancement juridique, cette annulation en revanche est restée longtemps dépourvue d'effet direct sur le contrat lui-même.

Le Conseil d'État a toutefois jugé, en 2001, qu'à la suite de l'annulation d'un acte détachable de la passation d'un contrat, il appartenait à l'administration, selon les circonstances propres à chaque espèce et sous le contrôle du juge, de déterminer les conséquences à tirer de cette annulation. En d'autres termes, il revient à l'administration d'évaluer si les circonstances permettent la poursuite du contrat selon le canevas suivant :

1 – lorsque l'illégalité censurée provient d'un vice du contrat, l'annulation de l'acte détachable conduit inévitablement à s'interroger sur la pérennité du contrat, et à examiner si les clauses illégales sont divisibles des autres clauses. Dans l'affirmative, amputé de ses clauses jugées illégales, le contrat pourra être maintenu en vigueur ;





2 – lorsque l'acte détachable a été annulé sur le fondement d'un vice propre, il convient de se pencher sur le lien unissant l'acte détachable et le contrat. Si ce lien présente un caractère étroit et direct, le contrat pourra être affecté et se posera de la même manière la question de son maintien en vigueur.

Aussi, et dans l'hypothèse où l'annulation retentit sur la validité du contrat, l'administration devra tirer les conséquences de l'annulation de l'acte détachable, soit en saisissant le juge d'une demande de déclaration en nullité du contrat, soit en le résiliant de son propre chef. Le cocontractant de l'administration est également recevable à agir en déclaration de nullité dudit contrat. Se présentent dès lors six cas de figure :

1 – injonction de tirer les conséquences de l'annulation de l'acte détachable : si en pratique, les parties s'abstiennent le plus souvent de saisir le juge afin de faire constater la nullité de la convention, l'article L. 911-1 du CJA offre la possibilité aux tiers de demander au juge administratif, parallèlement à l'annulation de l'acte détachable, d'enjoindre à l'administration – éventuellement sous astreinte (article L. 911-3 du CJA) – de prendre les mesures nécessaires pour exécuter le jugement. À cette fin, le juge pourra ordonner à cette dernière de saisir le juge du contrat d'une action en nullité du contrat ou de procéder à sa résiliation. Le juge pourra également ordonner à l'administration de tenter d'obtenir de son cocontractant la résolution du contrat et, en cas d'échec, de solliciter cette résolution du juge du contrat. Cette solution n'est pas tout à fait nouvelle puisque, avant même l'entrée en vigueur de l'article L. 911-1, le juge avait utilisé les pouvoirs d'injonction qu'il tenait de la loi du 16 juin 1980 pour obliger l'administration à tirer les conséquences de l'annulation d'un acte détachable. Dans cette hypothèse, les parties ne pouvaient saisir le juge d'une demande d'injonction de manière accessoire au recours en annulation, mais devaient au préalable mettre en demeure l'administration de saisir elle-même le juge d'une action en nullité ;

2 – résolution du contrat : l'annulation de l'acte détachable mettant en cause le contrat, le moyen le plus satisfaisant d'exécuter la décision du juge consiste à faire disparaître le contrat avec effet rétroactif, c'est-à-dire à procéder à sa résolution. À cet effet, ou bien l'initiative sera prise par les parties qui peuvent se mettre d'accord pour déclarer le contrat nul et non avenu, ou bien la résolution sera prononcée par le juge sur la base d'une action en nullité intentée par l'une des parties ;

3 – résiliation du contrat : en vue d'exécuter la décision d'annulation d'un acte détachable, l'administration peut également décider de procéder à la résiliation du contrat, et dès lors, ne tirer les conséquences de cette annulation que pour l'avenir. Cette résiliation peut





s'opérer unilatéralement ou en accord avec le cocontractant ou avoir été ordonnée par le juge ;

4 – la régularisation de l'acte détachable : dans un avis du 3 décembre 1997, le Conseil d'État a estimé que lorsque le vice à raison duquel l'acte détachable a été annulé n'impliquait pas qu'il soit mis fin au contrat, l'acte détachable pouvait faire l'objet d'une régularisation. L'administration prendra alors un nouvel acte purgé des illégalités qui ont entaché l'acte auquel il se substitue. Dans l'hypothèse où l'acte détachable a été annulé en raison de vices du contrat, la régularisation impliquera une modification des stipulations contractuelles et, partant, une renégociation des termes du contrat qui prenne en compte les éléments de fait et de droit à la date de l'édiction du nouvel acte ;

5 – poursuite du contrat : compte tenu, notamment, de l'intérêt que présente pour le service public l'exécution complète du contrat, du degré d'exécution des prestations prévues, de l'urgence ou des conséquences financières de son éventuelle interruption, l'administration pourra décider de mener le contrat jusqu'à son terme en dépit de l'annulation d'un acte détachable le mettant en cause ;

6 – indemnisation : bien qu'elle soit jugée peu satisfaisante au regard du respect de la légalité, l'indemnisation représente l'ultime recours à la disposition des tiers lorsque le contrat a été entièrement exécuté lors de l'annulation de l'acte détachable.



Le recours pour excès de pouvoir contre les clauses réglementaires du contrat

En dépit de leur caractère réglementaire et bien que, théoriquement, les tiers soient fondés à les invoquer à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir à l'encontre des décisions qui les mettent en œuvre, pendant longtemps, seules certaines clauses contractuelles ont pu être contestées devant le juge de l'excès de pouvoir : ainsi des cahiers des charges types approuvés par décret ou des cahiers des clauses administratives générales. Il a fallu attendre 1996 pour que s'ouvre la voie du recours pour excès de pouvoir contre les stipulations contractuelles dotées d'un caractère réglementaire.

Sont réglementaires les clauses relatives à l'organisation et au fonctionnement du service public. Sur cette base peuvent être distinguées les clauses relatives aux grands principes du service public, celles qui déterminent le statut de l'usager et certaines de celles qui régissent les relations entre l'administration et son cocontractant.

Formulant leur recours dans le délai de droit commun des deux mois suivants la publication de ces clauses, les requérants excipe-



ront de leur illégalité interne ou externe. De même, lorsqu'un acte détachable sera annulé sur le fondement d'une clause réglementaire illégale, cette annulation retentira sur la clause.

Quant aux effets sur le contrat de l'annulation d'une clause réglementaire, si elle n'entraîne pas nécessairement celle du contrat dans son ensemble, plusieurs possibilités s'offrent aux parties afin d'en tirer les conséquences :

1 – soit qu'en dépit de la divisibilité supposée des clauses censurées, il faille renégocier les clauses illégales, voire résilier le contrat avec indemnisation du cocontractant ;

2 – soit que ce dernier réclame une indemnisation pour faute ;

3 – soit, enfin, qu'une action en nullité soit engagée si la clause réglementaire censurée a joué un rôle déterminant dans la volonté des cocontractants.

Le contentieux de pleine juridiction

Le juge du plein contentieux exerce son office lorsque est mise en œuvre l'action contractuelle en nullité et l'action en responsabilité extra-contractuelle.

L'action contractuelle en nullité

La sanction normale de l'illégalité d'un acte juridique est sa nullité. Lorsqu'il s'agit d'une décision administrative, elle peut être annulée par le juge de l'excès de pouvoir. Lorsqu'il s'agit d'un contrat, il peut l'être par le juge du plein contentieux. Des différences importantes séparent cependant le régime du contrat de celui de l'acte unilatéral. Ainsi l'administration ne peut-elle déclarer le contrat nul. De même, on l'a vu, le recours pour excès de pouvoir est irrecevable, sauf exception, à l'encontre du contrat. Pareillement, alors que le juge de l'excès de pouvoir prononce l'annulation de l'acte administratif, le juge du contrat peut seulement constater la nullité du contrat. Pratiquement, la différence n'est pas sensible puisque dans les deux cas les effets de l'acte disparaissent rétroactivement.

• **Procédure**

Le souci de préserver la stabilité du contrat explique que la nullité ne puisse être demandée que par les parties au contrat, de sorte qu'une personne qui n'est pas partie à une convention n'a pas qualité pour demander au juge du contrat d'en déclarer la nullité. Le juge du contrat n'est donc saisi que dans le cas où l'un des signataires cherche à se soustraire au contrat dont il invoque la nullité par voie d'action ou par voie d'exception en défense à une action de l'autre partie.



Du reste, que tout intéressé, même tiers au contrat, ne puisse demander la nullité, différencie la nullité du contrat administratif de la nullité absolue du droit privé. Cependant, et en raison des autres éléments de son régime, la nullité du contrat administratif est bien le plus souvent une nullité absolue.

• **Nullité absolue et nullité relative**

Comme l'illégalité des actes unilatéraux, la nullité des contrats administratifs est, dans presque tous les cas, d'ordre public et présente un caractère absolu, même quand les règles enfreintes ont été édictées pour la protection des intérêts de l'administration, à l'exemple des règles de mise en concurrence. La nullité n'a un caractère relatif que dans le cas où elle résulte d'un vice du consentement.

Le délai de prescription de l'action en nullité absolue est, comme en droit privé, de trente ans. En cas de nullité relative, le délai, autrefois de dix ans, a été ramené en droit civil à cinq ans. Le juge administratif retient aussi cette durée. La confirmation par régularisation n'est admise que de manière exceptionnelle et la seule solution, radicale et rarissime, pour couvrir une nullité est la validation législative, procédure utilisée pour le contrat de concession du Stade de France (loi du 11 décembre 1996) et pour les contrats de mandat passés dans le cadre du nouveau Code des marchés publics avant l'annulation par le Conseil d'État de l'exclusion que prévoyait le Code (loi du 2 juillet 2003, urbanisme et habitat).



• **Nullité totale et nullité partielle**

La nullité peut être totale ou partielle. En effet, bien que le juge ne puisse refaire le contrat pour le rendre conforme à la légalité, il lui est possible de limiter la portée de la nullité en préservant, pour l'essentiel, le lien contractuel.

À ce titre, si le respect des consentements impose en principe une présomption d'indivisibilité, la jurisprudence admet assez facilement la divisibilité. Elle le fait d'ailleurs moins en se référant à la volonté des parties qu'à l'économie de la convention dans le cadre d'une analyse objective. Il en résulte, qu'en pratique, un contrat peut se trouver modifié par le juge puisque aussi bien celui-ci n'hésite pas à déclarer nulle une seule clause du contrat dès lors que sa disparition n'altère pas sur un point essentiel l'économie de la convention.

L'action en responsabilité extra-contractuelle

Dans l'hypothèse où l'administration commet une faute qui empêche la conclusion du contrat ou entraîne la conclusion d'un contrat nul, sa responsabilité est engagée. Est ainsi commise une faute de





service qui engage la responsabilité de la personne publique qui, normalement, est celle ayant lancé la procédure de conclusion ou conclu le contrat illégal.

Reste que si toute illégalité est fautive, toute faute n'est pas une illégalité : à l'occasion de la passation d'un contrat, l'administration peut faire preuve d'un comportement fautif en dehors même de l'édiction d'un acte illégal. La responsabilité pour illégalité doit dès lors être distinguée de la responsabilité pour comportement fautif.

• **La responsabilité pour illégalité**

La responsabilité de l'administration pourra être invoquée à raison de l'illégalité d'un acte pris à l'occasion de la procédure de conclusion du contrat ou du contrat lui-même.

Dans le premier cas, la demande en réparation émanera le plus souvent d'un candidat évincé ou d'une entreprise qui n'aura pu faire acte de candidature par suite d'une décision illégale. Le candidat malheureux pourra ainsi obtenir l'annulation de l'acte illégal, mais, indépendamment du recours pour excès de pouvoir, aura aussi la possibilité de demander réparation du préjudice subi. Encore faut-il, pour que réparation soit due, que l'existence du préjudice soit établie avec une certitude suffisante, ce qui donne lieu à une jurisprudence parfois incertaine, qui, a-t-on souligné, présente la particularité peu logique de faire dépendre partiellement la nature du préjudice indemnisable de son degré de certitude.

Trois situations peuvent être distinguées :

1 – une illégalité a été commise, mais il résulte de l'instruction que l'entreprise n'aurait, de toute façon, pas été retenue ; elle n'a droit à aucune réparation ;

2 – une illégalité a été commise et il s'avère que sans cette illégalité l'entreprise n'aurait pas été dépourvue de toute chance d'obtenir le marché ; elle est indemnisée pour les frais qu'elle a inutilement engagés, mais ne l'est pas pour le manque à gagner ;

3 – une illégalité a été commise et l'entreprise établit qu'elle était bien placée pour obtenir le contrat ; en ce cas, si les chances qu'elle avait d'obtenir le contrat sont jugées sérieuses, elle a droit à être indemnisée d'une partie du manque à gagner, et si elles sont jugées très sérieuses, le manque à gagner sera compensé dans son intégralité.

Ce type d'analyse sera très certainement reconduit par le juge administratif dans le cadre des contrats de partenariat et des montages complexes.



Dans le second cas, lorsque est invoquée l'illégalité du contrat lui-même, la violation de la légalité commise lors de la signature du contrat constitue une faute de l'administration qui engendre un préjudice lorsqu'il s'avère par la suite que le contrat, du fait de son illégalité, ne peut être exécuté. La faute résultant de l'illégalité qui entraîne la nullité du contrat peut ouvrir droit à réparation du manque à gagner.

Ainsi qu'il a été souligné, cette solution repose sur la combinaison entre la théorie de l'enrichissement sans cause et celle de la responsabilité pour faute. II est en effet admis, aussi bien dans le cas d'absence de conclusion du contrat que dans le cas de conclusion d'un contrat nul, que la fourniture de prestations utiles à la collectivité publique, avec l'assentiment de celle-ci, ouvre droit à une réparation quasi contractuelle. Le juge combine donc la théorie de la responsabilité quasi délictuelle et la théorie du quasi-contrat, lorsque ces deux causes sont invoquées dans la demande – et lorsqu'il y a bien un enrichissement de la collectivité, ce qui est loin d'être toujours le cas. Dans le cas où l'enrichissement sans cause est invoqué dans le cadre d'une action relative à la nullité du contrat, il a été admis qu'il peut l'être pour la première fois en cause d'appel, alors même qu'il ne s'agit pas d'un moyen d'ordre public, ce qui a pour effet de protéger le cocontractant en permettant, dans le cadre de la même instance, de déclarer le contrat nul et de tirer de la nullité les éventuelles conséquences indemnitaires.



En pratique, la propre faute du cocontractant, qui ne sera excusé que s'il apporte la preuve qu'il a ignoré l'illégalité commise par l'administration, atténuera voire supprimera la responsabilité quasi délictuelle de cette dernière. Fût-il excusable, le cocontractant n'est pas pour autant certain d'obtenir une indemnité à raison de la nullité de son contrat : il reste possible que la relation de cause à effet entre l'illégalité et le préjudice ne soit pas considérée comme établie. Si toute illégalité est fautive, toute illégalité n'ouvre donc pas droit à réparation.

Mais, en dehors de l'illégalité, la responsabilité quasi délictuelle de l'administration peut être engagée sur la base d'un comportement fautif.

• **La responsabilité pour comportement fautif**

Que l'administration s'abstienne de faire le nécessaire afin de permettre à la procédure de conclusion d'un contrat d'aboutir ou bien qu'elle incite son partenaire à commencer prématurément l'exécution des prestations, dans les deux cas, la personne publique commet une faute en toute légalité.



Dans le premier cas, la faute de l'administration consiste à engager des pourparlers voire à signer le contrat puis, dans un second temps, déjouant l'attente de son interlocuteur, à ne pas donner suite au projet contractuel.

Dans le second cas, et dans l'hypothèse où un contrat n'est pas conclu, le partenaire de l'administration peut avoir droit à une indemnité, alors même qu'aucune faute n'a été commise, si le commencement d'exécution a reçu l'assentiment de la collectivité et lui a profité. C'est là une application de la théorie de l'enrichissement sans cause. Mais la responsabilité peut aussi être engagée sur la base de la faute si la collectivité publique a incité l'autre partie à entreprendre des diligences et des dépenses qui ne sont, en fin de compte, pas suivies de la conclusion d'un contrat. Cependant, le partenaire n'a droit à être indemnisé que si les incitations ont été suffisamment sérieuses et, le plus souvent, la responsabilité est partagée, compte tenu de l'imprudence qui peut lui être reprochée. Le préjudice indemnisé correspond aux dépenses engagées.

Le juge pénal

Depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, le 1er mars 1994, l'action contractuelle locale a dû intégrer la dimension pénale du contrôle juridictionnel auquel elle est soumise.

Tout d'abord, le juge pénal a vu ses compétences accrues et son autonomie consacrée. L'article L. 111-5 du Code pénal dispose désormais en ce sens que « *Les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité, lorsque de cet examen dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis* ». Ensuite, dans la gestion des services publics locaux, élus et fonctionnaires peuvent commettre, parfois de manière non intentionnelle, des délits, les confrontant, dans une mesure accrue par rapport aux décennies précédentes, à la procédure pénale. C'est pourquoi l'article L. 2123-34 du CGCT prévoit, depuis la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 pour les communes, des dispositions similaires existant pour les autres collectivités locales, que « *La commune est tenue d'accorder sa protection au maire, à l'élu municipal le suppléant ou ayant reçu une délégation ou à l'un de ses élus ayant cessé ses fonctions lorsque celui-ci fait l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère de faute détachable de l'exercice de ses fonctions* ». À cet égard, parmi toutes les infractions possibles, un certain nombre d'incriminations ont été créées spécialement pour contrôler les modalités de la gestion des services publics. Enfin, les collectivités locales et les sociétés gestionnaires de services publics sont désormais susceptibles, en tant que personnes morales, de faire l'objet de condamnations.





On distinguera donc les infractions destinées à sanctionner le manque de probité des élus et des fonctionnaires des infractions susceptibles d'engager également la responsabilité de la personne morale.

Le contrôle de la probité des élus et des fonctionnaires

Les principaux délits rencontrés en matière de délégation de service public sont prévus aux chapitres II et III du titre III du Code pénal. Ils reposent en substance sur l'interdiction faite aux représentants des collectivités publiques de tirer un profit personnel des pouvoirs qu'ils détiennent ou de méconnaître les règles et procédures qui encadrent leur action. Seront ainsi réprimés la concussion (article 432-10), la corruption (article L. 432-11), le trafic d'influence (article 433-2), l'abus de biens sociaux et le recel d'abus de biens sociaux (articles L. 242-6 et L. 246-21 du Code de commerce), le faux et usages de faux (article 441-1), la soustraction et le détournement de biens (article 432-15), la prise illégale d'intérêts ou l'ingérence (article 432-12 et 432-13) et, enfin, le délit de favoritisme (article 432-14). On retiendra ici les deux derniers d'entre eux.

Le délit d'octroi d'avantage injustifié ou délit de favoritisme et la prise illégale d'intérêts ont été créés respectivement en 1991 et 1994, afin de rendre répréhensibles des faits ou des situations pouvant être considérés comme des « *atteintes à la probité* » : ils visent exclusivement des personnes physiques liées à la prise de décision publique. Ainsi sont visées par les deux articles du Code relatifs à ces délits les personnes « *dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat électif public* ».



Le délit de favoritisme

Le délit d'octroi d'avantage injustifié ou délit de favoritisme est apparu comme la réponse législative répressive à la multiplication, au cours des années 1980, de pratiques qui se sont révélées à la marge de la légalité. Le délit de corruption étant malaisé à constater, compte tenu de l'exigence d'existence d'un pacte frauduleux à prouver, la loi a prévu un nouveau mécanisme dont le juge pourrait user plus facilement.

Ainsi l'article 432-14 du Code pénal prévoit-il qu'« *est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour*



objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public ».

Trois éléments doivent être soulignés, pour illustrer l'étendue du champ d'application de cette infraction :

1 – « *procurer ou tenter de procurer* » : le texte est clair dans sa volonté de réprimer tout aussi bien l'octroi effectif de l'avantage qu'une simple tentative qui aurait échoué ;

2 – « *un avantage à autrui* » : il n'est donc pas nécessaire, pour condamner l'élu ou le fonctionnaire, que ce dernier ait tiré un avantage personnel de l'octroi d'un avantage injustifié à autrui. Les juges judiciaires qui ont appliqué ce texte ont entendu lui accorder la portée la plus large, en relevant par exemple que l'appauvrissement de la collectivité publique qui passe le contrat n'est pas une condition du caractère répréhensible de l'acte ;

3 – « *par un acte contraire aux dispositions* » relatives aux marchés publics et délégations de service public : le caractère quasiment non intentionnel du délit apparaît ici, le juge ne s'intéressant pas aux raisons pour lesquelles le décideur local aura violé les règles de passation ou d'exécution du contrat. S'il les a violées et qu'un avantage injustifié en résulte pour autrui, il sera condamné. Si l'élément intentionnel reste nécessaire, le juge croira le découvrir dans le fait que le responsable ne pouvait ignorer les règles, compte tenu de son expérience par exemple. Il pourra également relever le nombre élevé de manquements aux règles et y déceler un élément de preuve supplémentaire de ce que les règles ont été contournées en toute connaissance de cause. Tout acte contraire à la réglementation en matière de marchés et de délégations de service public est donc susceptible de constituer le support de la commission du délit. Si les modalités d'exécution du contrat sont concernées (notamment le recours abusif aux avenants), l'essentiel des fautes est commis au cours de la procédure de passation (par exemple, diffusion d'information à certains candidats, provocation artificielle d'infructuosité de l'appel d'offres, limitation de la publicité, modification de l'objet du marché et même irrégularité dans la composition de la commission d'appel d'offres).

On rappellera toutefois que ce n'est pas la simple infraction aux règles qui est réprimée, mais l'octroi de l'avantage. La jurisprudence en ce domaine montre ainsi que le juge recherche la preuve d'un lien de causalité entre la décision irrégulière et l'obtention du contrat par un candidat.

En outre, les personnes potentiellement concernées sont nombreuses : le fonctionnaire qui rédige les clauses du contrat irrégulier peut





être impliqué dans la commission du délit, tout comme, à l'autre bout de la chaîne, le maire qui signe l'acte.

Enfin, c'est dans le temps que l'application de l'article 432-14 est potentiellement large. En effet, la Cour de cassation considère, d'une part, que le délit de favoritisme est une infraction instantanée qui se prescrit à compter du jour où les faits la consommant ont été commis, entraînant un délai de prescription de droit commun de trois ans. Mais elle considère également, d'autre part, que le délai de prescription ne commence à courir qu'à partir du jour où les faits sont apparus et ont pu être constatés dans des conditions permettant l'exercice des poursuites dans le cas où les actes irréguliers ont été dissimulés ou accomplis de manière occulte. Au surplus, la saisine de la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés suspendra le cours du délai de prescription.

La prise illégale d'intérêts

Est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende, le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver (c'est-à-dire d'avoir), directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement (article 432-12 du Code pénal).



Comme en matière de délit de favoritisme, le responsable local qui ne bénéficie pas personnellement de la situation n'est pas pour autant protégé. Le juge va contrôler l'existence ou plutôt, ici, l'inexistence de faits matériels : le cumul d'une responsabilité privée et d'une responsabilité publique consistant dans le contrôle de la première.

De plus, le terme de « *surveillance* » est très large. Il peut comprendre notamment la préparation des décisions en matière de services publics locaux, et toucher par conséquent des fonctionnaires territoriaux qui n'ont pas le sentiment d'exercer le contrôle d'une entreprise. La plus grande précaution s'impose donc en la matière.

Certaines dérogations existent cependant. Dans les communes comptant 3 500 habitants au plus, les maires, adjoints ou conseillers municipaux délégués ou agissant en remplacement du maire peuvent :

1 – traiter avec la commune dont ils sont élus pour le transfert de biens mobiliers ou immobiliers ou la fourniture de services dans la limite d'un montant annuel fixé à 16 000 € ;



2 – acquérir une parcelle d'un lotissement communal pour y édifier leur habitation personnelle ;

3 – conclure des baux d'habitation avec la commune pour leur propre logement ;

4 – acquérir un bien appartenant à la commune pour la création ou le développement de leur activité professionnelle.

Les actes doivent alors être autorisés, après estimation des biens concernés par le service des domaines, par une délibération motivée du conseil municipal.

Enfin, des dispositions dérogatoires sont prévues concernant les responsabilités d'élus locaux dans le conseil d'administration d'une société d'économie mixte locale (en tant que représentants d'une des collectivités actionnaires) : elles sont autorisées et régies par un article spécifique du CGCT (article 1524-5).

On ne confondra pas la prise illégale d'intérêts avec le délit prévu à l'article 432-13 du Code pénal, même s'il intéresse également les agents locaux. Cet article 432-13 punit de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende le fait, par un fonctionnaire public, agent ou préposé d'une administration publique, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans une entreprise privée, avant l'expiration d'un délai de cinq ans suivant la cessation de sa fonction lorsqu'il est chargé :

1 – soit d'assurer la surveillance ou le contrôle de cette entreprise privée ;

2 – soit de conclure des contrats de toute nature avec elle ;

3 – soit d'exprimer son avis sur les opérations qu'elle effectue.

Les infractions susceptibles d'engager également la responsabilité de la personne morale

Depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, le 1er mars 1994, les personnes morales, de droit privé comme de droit public, à l'exception de l'État, sont pénalement responsables des infractions commises pour leur compte, par leurs organes ou représentants.

Les collectivités locales, néanmoins, se trouvent dans une situation intermédiaire entre l'État, qui dispose d'une immunité en la matière, et les autres personnes morales. En effet, les collectivités locales, selon l'article 121-2 du Code pénal, « *ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public* ». L'ensemble des activités



de police ou de participation à un service public non susceptibles de délégation se trouvent donc prémunies contre le risque de voir la responsabilité pénale de la collectivité engagée.

À l'inverse, la quasi-totalité de ce que recouvrent les « *services publics locaux* » est particulièrement concernée : eau, assainissement, déchets, transports, restauration, activités culturelles et sportives, etc. Qu'il s'agisse des conditions mises à l'examen par le juge pénal de la responsabilité pénale de la collectivité ou des sanctions applicables, la liste en est longue.

Les conditions de l'examen par le juge pénal de la responsabilité pénale d'une collectivité

Si la première condition pour que le juge pénal examine la responsabilité pénale d'une collectivité est le caractère « *délégable* » de l'activité en cause, la seconde est la mention expresse par une loi ou un texte réglementaire que les infractions poursuivies sont applicables aux personnes morales. Or, la liste est longue des infractions qui, dans le Code pénal, sont ainsi applicables.

Dans le cadre spécifique des services publics locaux, on ne retiendra pas, par exemple, le trafic de stupéfiants ou les atteintes à la filiation. Mais on peut en revanche citer un certain nombre de crimes et de délits dont les collectivités auront à répondre.



Au titre des crimes et délits contre les personnes, on peut regrouper ces infractions en trois groupes : celles qui mettent en cause l'intégrité physique des individus (homicide et violences involontaires, articles 221-7 et 222-21, mise en danger délibérée d'autrui, article 223-2), celles qui violent l'intimité de l'usager (atteintes à la vie privée, article 226-7, manquement relatif au traitement informatique de données, article 226-24), enfin celles qui portent atteinte à la morale publique, qu'elles concernent la dignité de la personne (conditions de travail ou d'hébergement illégales, article 225-16) ou l'égalité entre les citoyens (discrimination, article 225-4).

Au titre des crimes et délits contre les biens, quasiment toutes les infractions sont applicables aux personnes morales (du vol au recel en passant par la dégradation), auxquelles s'ajoutent, hors du Code pénal, les atteintes aux droits d'auteur (Code de propriété intellectuelle, article 335-8), les infractions en matière d'élimination des déchets (loi n° 75-633 du 15 juillet 1975, article 24-1), d'eau (loi n° 92-3 du 3 janvier 1992, article 28-1), d'installations classées (loi n° 76-663 du 19 juillet 1976, article 22-4) et de pompes funèbres (loi n° 93-23 du 8 janvier 1993).



La procédure sera différente selon qu'est poursuivi un délégataire privé ou un délégant public. Par ailleurs, si certaines des sanctions que le juge pourra prononcer ne pèsent que sur le délégataire du service public local en cause, d'autres peuvent également frapper la collectivité délégante. Pour que soit engagée la responsabilité pénale d'une personne morale, il faut qu'elle ait agi (ou omis d'agir) par l'intermédiaire de ses organes ou représentants.

Dans le cas d'une commune, il peut s'agir aussi bien de l'assemblée délibérante que du bureau ou encore du maire ou de l'un de ses adjoints, chacun agissant pour le compte de la collectivité.

Dans le cas où elle serait poursuivie, la collectivité se verrait appliquer la procédure en vigueur pour les personnes physiques, à deux exceptions près toutefois, mentionnées aux articles 706-42 à 706-46 du Code de procédure pénale.

D'une part, il conviendra de désigner le représentant légal de la société, de l'établissement ou de la collectivité pendant le jugement, car il ne s'agira pas nécessairement du président de la société ou de l'organe exécutif de la collectivité (maire ou président). Toute personne pourvue d'une délégation pourra être ce représentant.

D'autre part, seront éventuellement compétents pour juger la personne morale, le tribunal du lieu de commission de l'infraction, celui dans le ressort duquel la personne morale a son siège, et celui du lieu de résidence d'une personne physique mise en cause pour les mêmes faits.

Les peines applicables

Si la collectivité délégante est avant tout concernée par l'amende, les délégataires de service public peuvent être condamnés à des peines plus diverses.

Pour chaque infraction, le taux maximal de l'amende applicable aux personnes morales est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques (article 131-38 du Code pénal).

Les autres peines sont :

1 – l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales ;

2 – la fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés ;



3 – l'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus ;

4 – l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de faire appel public à l'épargne ;

5 – l'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'émettre des chèques ou d'utiliser des cartes de paiement ;

6 – la confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit.

Par ailleurs, le juge peut condamner la collectivité et la société à afficher la décision prononcée ou à la diffuser soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication audiovisuelle. Sur le plan politique, les répercussions d'une telle publicité du jugement constituent en effet une sanction supplémentaire.

En plus de ces sanctions, les sociétés privées délégataires peuvent être frappées de :

1 – placement, pour une durée de cinq ans au plus, sous surveillance judiciaire ;

2 – dissolution, lorsque la personne morale a été créée ou, lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à trois ans, a été détournée de son objet pour commettre les faits incriminés.



Il est en effet explicitement exclu dans le Code pénal que ces deux dernières sanctions soient appliquées à des personnes morales de droit public.

In fine, il nous semble utile de mentionner la jurisprudence *Société Lambda* (CE, 6 décembre 1996, *Société Lambda*, Req. n° 167502), selon laquelle toute méconnaissance du Code pénal par un acte rend celui-ci illégal. Le délit est donc par lui-même source d'illégalité et à des conséquences au-delà de la condamnation *stricto sensu*.

Le juge de la concurrence

Autre évolution marquante du contentieux de la passation des partenariats public-privé, l'importance prise par le contentieux de la concurrence. Des comportements anticoncurrentiels sont susceptibles d'être relevés à l'occasion de l'attribution ou de l'exécution d'une convention de délégation de service public, qu'il s'agisse d'ententes ou d'abus de position dominante. Les autorités délégantes comme les entreprises soumissionnaires ou délégataires, peuvent être à





l'origine de ces comportements. Les autorités internes et communautaires de la concurrence exercent un contrôle sur ces pratiques et, le cas échéant, prononcent des sanctions. Le droit de la concurrence constituant un élément à part entière du bloc de légalité administrative, le juge administratif veille également au respect de ces règles.

Les autorités de la concurrence

Le Conseil de la concurrence, autorité administrative indépendante, a pour mission de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles que sont les ententes et les abus de position dominante. Il a également un rôle consultatif. Ainsi les collectivités territoriales peuvent-elles, en amont de leur décision, demander au Conseil d'émettre un avis sur un problème d'atteinte à la concurrence, en vertu de l'article L. 462-1 du Code de commerce. De même le Gouvernement est-il en droit de le saisir sur toute question de concurrence.

Les décisions du Conseil de la concurrence peuvent faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation devant une chambre spécialisée de la cour d'appel de Paris dans le délai d'un mois suivant la notification de la décision attaquée. L'arrêt de la cour est quant à lui susceptible d'un recours devant la Cour de cassation dans les mêmes conditions. Outre le Conseil de la concurrence, et lorsque les pratiques anticoncurrentielles ont un impact communautaire, les recours visant à les faire sanctionner seront portés devant la Commission qui a également le droit de se saisir d'office. Les décisions de cette dernière peuvent être déférées au Tribunal de première instance des Communautés européennes et la Cour de justice des Communautés européennes.

Les pratiques contrôlées

Les ententes (article L. 420-1 du Code de commerce) sont prohibées lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché. Les positions dominantes (article L. 420-2 du Code de commerce) peuvent donner lieu à des abus, prohibés et sanctionnés, lorsqu'ils consistent en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

À l'évidence, les collectivités locales, leurs établissements publics et les sociétés d'économie mixte délégataires de service public sont susceptibles de commettre de telles infractions dans le cadre de la gestion des services publics locaux. Certes, dans son arrêt *Ville de Pamiers* du 6 juin 1989, le Tribunal des conflits a considéré que la décision prise par une collectivité locale de déléguer la gestion du





service public de l'eau était un acte d'organisation du service, et non une activité de « *production, distribution ou services* » à l'occasion de laquelle le Conseil de la concurrence avait le pouvoir de réprimer une entente. Mais il a estimé dans le même temps que le juge administratif pouvait reconnaître la nullité de tout contrat issu d'une pratique anticoncurrentielle. C'est donc dans le cadre du fonctionnement du service que le Conseil de la concurrence a été amené à contrôler et à sanctionner les organismes publics et privés. Ainsi le Conseil de la concurrence a-t-il été amené, par exemple, à condamner une ville pour la gestion de la régie des pompes funèbres en reconnaissant un abus de position dominante dans le fait d'avoir imposé aux agences funéraires privées des conditions d'accès discriminatoires dans les bureaux d'état civil, les bureaux de règlement des obsèques et dans la chambre funéraire municipale.

Les ententes

Selon les termes de l'article L. 420-1 du Code de commerce, la qualification d'entente suppose la réunion de trois éléments :

1 – un accord de volontés entre des entités dotées d'une autonomie de décision suffisante ;



2 – caractérisé par un objet et/ou un effet anticoncurrentiel ;

3 – et auquel est partie au moins un opérateur économique.

En pratique, et au regard de la passation des partenariats public-privé, deux cas de figure se présentent : une entente entre opérateurs de service public et une entente entre collectivités délégantes et opérateurs.

Dans la première hypothèse, la phase de sélection des candidats à l'attribution d'une délégation de service public constituera le terrain privilégié pour la formation d'ententes entre opérateurs, ententes qui passent par l'échange d'informations entre entreprises candidates sur le contenu de leurs offres. Cet échange d'informations aboutira à différentes formes d'ententes, dont on relèvera trois types :

1 – soumissions de couverture : elles consistent à déposer une offre d'un montant artificiellement plus élevé ou techniquement moins performante que celle proposée par une autre entreprise, dans le seul but de permettre à cette dernière d'obtenir le contrat en faisant apparaître son offre comme la meilleure ;

2 – répartition des marchés : elle consiste pour des opérateurs à cloisonner et à se répartir des marchés circonscrits au sein de chacun desquels un seul d'entre eux est présumé obtenir les contrats ;



3 – présentation d'une candidature commune : une telle candidature peut avoir pour conséquence le dépôt d'une offre à un montant artificiellement élevé, aboutir à une répartition du marché ou encore interdire l'accès au marché à des opérateurs non membres du groupement.

Dans la seconde hypothèse, les ententes paraissent pouvoir ressortir soit du choix du délégataire, soit du contrat de délégation du service public lui-même. Reste, on l'a dit, qu'en l'état actuel de la jurisprudence, le choix du délégataire n'est pas considéré par le juge comme de nature à engendrer une entente entre les parties à la délégation. Cette position a été critiquée.

En revanche, il paraît moins risqué et moins incertain de poser qu'une entente prohibée est susceptible de ressortir du contrat de service public lui-même, en particulier lorsqu'il a été attribué pour une durée excessive, voire lorsque cette durée, bien que conforme aux dispositions légales, a pour objet ou pour effet d'évincer d'autres entreprises.

Les abus de position dominante

Selon les termes de l'article L. 420-2 du Code de commerce, l'abus de position dominante suppose la réunion de trois éléments :



1 – l'existence d'une position dominante ;

2 – l'exploitation abusive de cette position ;

3 – un objet ou un effet restrictif de concurrence.

En matière de délégation de service public, l'existence d'une position dominante est d'abord le fait du délégataire. Elle sera appréciée au stade de la passation du contrat et à celui de son exécution. Au stade de la passation, la position dominante du délégataire en place pourra résulter du fait qu'il détient des informations auxquelles n'ont pas accès les autres candidats, à l'instar, dans le cadre du renouvellement d'un contrat d'affermage de distribution d'eau potable, du prix de vente de l'eau en gros, information à laquelle a seul accès le fermier en place. Toujours au stade de la passation, l'abus de position dominante d'un candidat peut également se traduire dans les clauses mêmes du contrat qui sera signé, à l'exemple de contrats dont la durée serait trop longue. Au stade de l'exécution, la position dominante du délégataire résultera du monopole dont il jouit sur le marché local du service délégué.

On relèvera que l'abus de position dominante peut être collectif lorsque, constituées en oligopole, les entreprises en cause sont en mesure, sur un marché approprié, de prévoir leurs comportements



réciproques et sont incitées à aligner ces derniers sur ledit marché de façon, notamment, à maximiser leur profit commun en restreignant la production en vue d'augmenter les prix.

En matière de délégation de service public, l'existence d'un abus de position dominante peut également être le fait de la collectivité délégante. On a rappelé que les autorités de la concurrence n'avaient pas compétence pour connaître des actes par lesquels une collectivité délègue un service public. Reste que le Conseil de la concurrence a développé une véritable « *jurisprudence* » relative aux comportements économiques considérés comme « *détachables* » des conditions d'organisation du service ou de la contestation d'un acte.

Si le Tribunal des conflits n'a pas condamné cette notion de « *détachabilité* », il en a fixé les limites en considérant que le juge administratif est seul compétent pour apprécier la légalité de décisions administratives indissociables de l'exercice de la puissance publique. En outre, le comportement d'une personne publique délégante est susceptible d'être qualifié d'abus de position dominante dès lors que cette dernière, délaissant son rôle d'autorité organisatrice du service public, intervient directement sur le marché. À ce titre, le principal risque d'abus de position dominante par une collectivité publique candidate à l'attribution d'une délégation de service public demeure celui de la pratique de subventions croisées et de prix prédateurs.

Les sanctions

On se contentera ici de noter que le Conseil de la concurrence peut prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou qu'il estime nécessaires, de même qu'il a le pouvoir d'adresser des injonctions visant à ordonner qu'il soit mis fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé. Il peut également infliger des sanctions pécuniaires proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques anticoncurrentielles. Enfin, le Conseil de la concurrence est en droit d'ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision.

Le juge administratif, juge de la concurrence

Dans le sens d'un contrôle accru des règles de passation et d'exécution des délégations de service public, et en particulier dans le sens d'un examen de la légalité des actes administratifs pris par les collectivités délégantes dans le cadre de l'organisation des services publics, le Conseil d'État, abandonnant sa jurisprudence selon laquelle l'acte



de dévolution d'un service public ne saurait être annulé pour violation des règles de concurrence, a admis que les règles de l'ordonnance du 1er décembre 1986 codifiées aux articles L. 410-1 à L. 410-8 du Code de commerce fassent partie du bloc de légalité au regard duquel il appréciera la régularité des actes administratifs. C'est dès lors l'ensemble des actes d'organisation du service qui sont à présent soumis au droit interne de la concurrence.

En pratique, le contrôle par le juge administratif du respect du droit de la concurrence interviendra tant en amont qu'en aval de la signature du contrat. En amont, ce contrôle s'effectuera par le truchement du référé précontractuel. En aval, ce contrôle empruntera la voie du recours pour excès de pouvoir. En particulier, sachant qu'en matière de délégation de service public, revêtent un caractère réglementaire les clauses relatives à l'organisation et au fonctionnement du service, on comprend que la possibilité ouverte aux tiers d'attaquer les clauses réglementaires du contrat constitue un moyen direct de déceler la violation du droit de la concurrence par le contrat de délégation de service public.

La prévention des contentieux

La prévention des contentieux passe tant par les clauses contractuelles que par le recours à l'arbitrage.

Les clauses contractuelles de prévention des conflits

L'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat exige la présence de clauses relatives aux modalités de prévention et de règlement des litiges.

Par exemple, seront prévues des clauses de rendez-vous périodiques permettant de faire le tour de l'ensemble des difficultés rencontrées ou à prévoir. De même seront insérées des clauses de conciliation en cas de survenance de conflits : rencontres au niveau des groupes de travail, puis au niveau des responsables hiérarchiques des deux parties, délais obligatoires à respecter entre ces phases et la saisine du juge, recours préalable écrit à l'administration. II est également possible de prévoir la nomination d'un conciliateur.

Doit être signalée la possibilité ouverte par l'article L. 211-4 du Code de justice administrative, qui prévoit que les tribunaux administratifs peuvent exercer une mission de conciliation. Rien n'interdit d'insérer dans les contrats une clause de recours obligatoire à une telle conciliation avant toute saisine du juge. Si ces clauses de prévention des conflits ne sont pas respectées, la saisine du juge sera rejetée pour irrecevabilité.





Le recours à l'arbitrage

En principe, le recours à l'arbitrage est prohibé en matière administrative. L'article 11 de l'ordonnance du 17 juin 2004 de même que le nouvel article L. 1414-12 du CGCT dérogent pourtant à ce principe en écartant les deux critères qui, jusqu'alors, interdisaient le recours à la justice arbitrale. Le premier, de nature organique, pose le principe selon lequel les personnes publiques, sauf exceptions, ne sauraient recourir à l'arbitrage. L'impossibilité d'un recours à l'arbitrage pour certaines personnes publiques, notamment les établissements publics industriels et commerciaux, a été rappelée par le Conseil d'État dans l'arrêt *Société nationale de vente des surplus* rendu en 1957 [119]. Et c'est à l'occasion de la refonte du droit de l'arbitrage, par la loi du 5 juillet 1972, que fut énoncé à l'article 2060 du Code civil le principe selon lequel on ne saurait « *compromettre* [...] *sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics* ». Outre ce critère organique, la prohibition du recours à l'arbitrage en matière administrative a été assise récemment sur un critère matériel. Dans l'arrêt *Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes* [120], le Conseil d'État a en effet posé un principe d'interdiction du recours à l'arbitrage pour tous les contrats administratifs.



Il est dès lors remarquable que l'ordonnance du 17 juin 2004 revienne sur ces deux critères. Les contrats de partenariat sont en effet conclus par des personnes publiques, que ce soit l'État, une collectivité territoriale ou un établissement public. En outre, il est spécifié que ces contrats ont une nature administrative. La remise en cause des deux critères habituels est donc avérée.



Certes, l'ordonnance du 17 juin 2004 n'est pas le premier texte qui soit revenu sur le principe d'interdiction du recours à l'arbitrage pour les litiges de droit public. Il existe d'autres exceptions réunies au sein de l'article L. 311-6 du Code de justice administrative. De même, certaines personnes publiques ont été dotées expressément, à titre particulier, de la faculté de recourir à l'arbitrage. Reste que l'autorisation de recourir à l'arbitrage prévue par l'ordonnance du 17 juin 2004 demeure la plus large exception connue à ce jour en la matière. En outre, la possibilité de recourir à l'arbitrage concerne non pas une matière mais une catégorie de contrats. Enfin, s'il n'est pas possible de déroger à l'application de la loi française, les parties gardent toute liberté pour fixer la procédure, et notamment celle de la désignation du ou des arbitres.

119. CE, Ass., 13 décembre 1957, *Société nationale de vente des surplus*, Rec. Lebon, p. 678.

120. CE, Sect., 3 mars 1989, *Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes*, Rec. Lebon, p. 69.



L'étude du contrôle ainsi que du contentieux de la passation des partenariats public-privé autorise ainsi à démontrer que le renfort de nouveaux acteurs tout comme l'accroissement du rôle de certains d'entre eux a contribué sinon à assurer du moins à rechercher une plus grande légalité dans la passation de ces contrats. Ce plus grand encadrement a toutefois un prix : une forte complexité de la matière due en partie à son éclatement.













La vie et la fin du contrat

Chapitre 4











Vie du contrat de délégation de service public

Même si leur durée ne doit pas être excessive, les contrats de délégation de service public sont des contrats dont l'exécution s'étend sur plusieurs années – parfois sur de nombreuses années. De multiples événements peuvent donc les affecter. En outre, ils doivent le cas échéant être adaptés à l'évolution des besoins du service public concerné. La « vie » de ces contrats mérite donc une étude particulière. On se bornera ici à en évoquer certains aspects.




Modifications

Les contrats de délégation de service public peuvent connaître trois types de modifications.

Le premier type de modification résulte de *la mise en œuvre des clauses contractuelles elles-mêmes*. Les clauses à caractère évolutif ne sont en effet pas rares. Ce peut être le cas, en particulier, des *clauses tarifaires*, qui peuvent notamment prévoir des *formules d'indexation* afin de tenir compte, par exemple, de l'évolution des coûts de production.

Comme celles qui résultent du jeu des clauses du contrat, les *modifications par avenants* traduisent un accord entre les parties. Les avenants sont en effet des contrats ayant pour objet de modifier un contrat en cours. Ils peuvent concerner tous les aspects de celui-ci : rémunération du cocontractant, conditions d'exécution de sa mission, durée… Les avenants ne sauraient changer l'objet du contrat ou en bouleverser l'économie – notamment bouleverser les conditions de rémunération du délégataire : on aurait en effet alors affaire à un nouveau contrat, qui devrait être conclu dans le respect



des obligations de publicité et de mise en concurrence prévues par la réglementation.

La jurisprudence a parfois tendance à raisonner, à cet égard, comme elle le fait depuis longtemps en matière de marché public (*cf.* TA, Grenoble, 7 août 1998, *Betto*). Cependant l'assimilation entre ces deux catégories de contrats ne saurait être totale sur ce point en raison des impératifs d'adaptation et de continuité du service public. Ainsi certains arrêts récents marquent-ils une tendance, non pas à autoriser qu'un avenant bouleverse le contrat, mais à appréhender avec une certaine souplesse la notion de « bouleversement du contrat » (voir par exemple sur ce point CAA, Lyon, 8 février 2005, *Commune d'Auxerre*, Req. n° 99LYOO655).

Quoi qu'il en soit, il est clair que le montant global du contrat ne saurait être très fortement augmenté. Une augmentation inférieure à 5 % ne pose pas de problème. Ce n'est d'ailleurs qu'au-dessus de ce pourcentage que la Commission des délégations de service public doit être consultée (article L. 1411-6 du CGCT). Il est pour le reste difficile de donner un chiffre maximum acceptable (de l'ordre de 10 à 15 % ?). Outre les modifications reposant sur des critères quantitatifs, des changements complets des obligations contractuelles par avenant peuvent bouleverser le contrat.



L'interdiction de modifier l'objet du contrat ou d'en bouleverser l'économie cède, pour les marchés publics, en cas de « sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties » (article 19 du Code des marchés publics). La question de savoir si ce tempérament vaut, en l'absence de texte, pour les délégations de service public, n'est pas clairement tranchée.

La liberté de conclure des avenants est aussi limitée par le fait que certaines clauses du contrat produisent des effets non seulement pour les parties mais aussi pour des tiers, notamment pour les usagers. C'est en particulier le cas pour les clauses tarifaires. Ainsi, même pour se conformer aux exigences d'une loi applicable à compter du 1er janvier de l'année n, une collectivité publique et son délégataire ne peuvent convenir, par un avenant conclu en avril de la même année, de rendre applicables de nouvelles clauses tarifaires à compter du 1er janvier (CAA, Marseille, 13 décembre 2001, *Union fédérale des consommateurs*, Req. n° 99-2298).

Les avenants ont enfin souvent pour objet de prolonger le contrat. Le législateur est intervenu pour encadrer cette pratique. Cette importante question fait l'objet de développements particuliers dans un autre article du présent glossaire.



Les conventions de délégation de service public sont des contrats administratifs et la personne publique contractante dispose d'un pouvoir de *modification unilatérale* : c'est le principe de mutabilité.

Un tel pouvoir, qui ne peut être supprimé par le contrat, a été reconnu par la jurisprudence depuis fort longtemps (CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*) et toujours confirmée (CE, 2 février 1983, *Union des transports publics*). La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu la légitimité de ce pouvoir (CEDH, 9 décembre 1994, Aff. *Raffineries grecques Stran c/Grèce*).

L'exercice de ce pouvoir ne peut conduire à bouleverser le contrat (CE, 17 février 1978, *Société Compagnie française d'entreprise*, Rec. p. 88) et une modification trop importante constitue une faute de la personne publique. Elle ne peut porter que sur les conditions du service et non viser, en elles-mêmes, les clauses financières (CE, 11 juillet 1941, *Hôpital-Hospice de Chauny*, Rec. p. 129).





La jurisprudence veille à garantir le respect de l'équilibre financier du contrat. En cas de modification unilatérale, le délégataire est indemnisé à la fois pour la perte subie (*damnum emergens*) et pour le manque à gagner (*lucrum cessans*) : il y a là une application de la responsabilité sans faute pour fait du prince. Le délégataire a droit à la réparation intégrale du préjudice direct et certain qui résulte pour lui de la modification à laquelle la personne publique contractante a unilatéralement procédé (CE, S 27 octobre 1978, *Ville de Saint-Malo*, Rec. p. 401). Il a même été jugé qu'une commune qui modifie unilatéralement une concession et refuse de rétablir l'équilibre financier du contrat commet une faute qui peut justifier la résiliation du contrat à ses torts (CE, 12 mars 1999, *SA Méribel 92*, Rec. p. 61).

Subdélégations et cessions

Le titulaire d'un contrat de délégation de service public peut à son tour *faire appel à un autre opérateur pour exécuter une partie de la mission de service public* dont il est responsable à l'égard de la collectivité publique délégante. Le Conseil d'État a récemment confirmé cette possibilité par un avis du 16 mai 2002 relatif aux contrats d'exploitation des installations commerciales sur les aires de service situées sur le réseau autoroutier.

Le « sous-délégataire » doit être agréé par la collectivité publique délégante, celle-ci pouvant refuser l'agrément en cas de capacités techniques ou financières insuffisantes.





Un exemple célèbre a été fourni par les sous-traités d'exploitation de plages, une commune, à laquelle l'État avait concédé une partie du domaine public maritime, sous-traitant l'exploitation des plages à un opérateur privé (CE, 21 juin 2000, *SARL Plage chez Joseph – Fédération nationale des plages-restaurants*, Rec. p. 282).

Si le délégataire est une personne publique, la sous-délégation est, elle-même, une délégation de service public, qui doit donc être conclue dans les conditions prévues par la « loi Sapin » (*cf. SARL Plage chez Joseph* précité et décret n° 2006-608 du 26 mai 2006 relatif aux concessions de plage, article 13) ou, s'il s'agit d'une concession de travaux publics, par les articles 9 et 11 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991, dans leur rédaction issue de l'article 40 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics.

Si le délégataire est, comme c'est le cas le plus fréquent, une personne privée mais que celle-ci remplit les conditions pour être qualifiée de pouvoir adjudicateur au sens du droit communautaire, la sous-délégation doit être conclue, conformément à la jurisprudence *Telaustria* (CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH*, aff. C-324/98), dans le respect des principes fondamentaux du traité instituant la Communauté européenne, c'est-à-dire en respectant des modalités de publicité adéquates de nature à susciter des offres concurrentes (*cf.* avis précité sur les sociétés concessionnaires d'autoroutes). S'il s'agit d'une concession de travaux, les dispositions mentionnées ci-dessus sont applicables.

On ne saurait confondre ces hypothèses de subdélégation avec les hypothèses dans lesquelles le délégataire fait appel à un opérateur pour réaliser une simple prestation ou des travaux. Dans un tel cas, si le délégataire est un pouvoir adjudicateur, public ou privé, la réglementation des marchés publics trouve à s'appliquer.

Depuis fort longtemps, la jurisprudence a, par ailleurs, reconnu la possibilité, pour un concessionnaire, de céder son contrat à un autre opérateur, qui se trouve donc substitué à lui dans les obligations souscrites à l'égard de la collectivité publique (CE, 20 janvier 1905, *Compagnie départementale des Eaux*).

Bien entendu, la cession doit être autorisée par la collectivité délégante, qui vérifie la solidité des garanties financières et techniques offertes par le cessionnaire. Il est de jurisprudence constante qu'une cession sans autorisation est nulle, le cessionnaire n'étant que gérant de fait et le cédant conservant la responsabilité du service et encourant la résiliation du contrat sans indemnité.





Dans un avis du 8 juin 2000, le Conseil d'État a apporté d'intéressantes précisions. Il a d'abord indiqué qu'il n'y avait cession que s'il y avait transfert du contrat à une nouvelle personne morale (et non dans les différentes hypothèses possibles de modifications statutaires de la société titulaire du contrat). Il a ensuite relevé que, si des éléments essentiels du contrat (durée, conditions financières, nature des obligations) étaient remis en cause, on ne pouvait parler de cession : c'est à la conclusion d'un nouveau contrat qu'il fallait procéder, dans le respect des règles de publicité et de mise en concurrence applicables. Il a enfin confirmé qu'une cession du contrat *stricto sensu* n'impliquait aucune procédure de publicité ni de mise en concurrence.





La vie des contrats de partenariat public-privé

En tant qu'ils sont des contrats administratifs, les contrats de partenariat public-privé obéissent aux règles traditionnelles applicables lorsque le contrat ou son environnement évoluent. Mais les contrats de partenariat public-privé ont pour caractéristique commune de mettre en place une relation de longue durée entre les cocontractants. Ils reposent, en outre, sur un partage des risques, autant d'éléments en raison desquels les conditions de l'exécution du contrat et son contrôle sont essentiels. Dès lors, ils sont également soumis à des règles spécifiques, desquelles il résulte que leur évolution et leur contrôle ont un régime particulier. Les mécanismes spécifiques mis en place par les textes relatifs aux contrats de partenariat, d'AOT-LOA et de BEH permettent, d'une part, d'adapter le contrat aux évolutions économiques et financières et, d'autre part, de veiller à sa bonne exécution, notamment à travers le respect des objectifs de performance par le cocontractant de l'administration.

Les clauses permettant d'adapter le contrat en cours d'exécution

Le contrat de partenariat

L'article 11 h) de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et l'article L. 1414-12 du CGCT pour les collectivités locales disposent que le contrat doit prévoir « *les conditions dans lesquelles il peut être procédé, par avenant ou, faute d'accord, par voie unilatérale de la personne publique, à la modification de certains aspects du contrat ou à sa résiliation pour tenir compte de l'évolution des besoins de la personne publique, d'innovations technologiques ou de modifications dans les conditions de financement obtenues par le cocontractant* ».

Lorsque l'évolution du contrat se fera sous forme d'avenants au contrat initial, ces avenants ne pourront conduire à bouleverser l'économie générale du contrat.

Enfin, une clause devra prévoir la possibilité de proroger le contrat. Toutefois, se posera ici la question de l'éventuelle mise en concurrence du partenaire privé. En effet, il conviendra de savoir dans quelle mesure la convention pourra être prorogée, et pour combien



de temps, sans passer par une nouvelle procédure de mise en concurrence et sans, naturellement méconnaître les règles de publicité et de mise en concurrence.

L'autorisation d'occupation du domaine public assortie d'une LOA

Les textes relatifs aux contrats d'AOT-LOA laissent une latitude importante aux cocontractants en ce qui concerne les clauses contractuelles relatives à l'évolution du contrat. Toutefois, ce type de contrat doit comporter un certain nombre de clauses encadrant les modalités de modification du bail en cas de survenance de sujétions imprévues [121] ou au titre de différents événements tels que la création, la suppression ou la modification de textes législatifs ou réglementaires, concernant directement le contrat en cause et susceptibles de modifier de manière substantielle les conditions d'exécution du contrat ; de même, les changements relatifs aux prestations en raison des nécessités du service public ou les innovations technologiques permettant d'améliorer les conditions d'exécution du contrat.

Le contrat peut prévoir un système d'ajustement des loyers. À cet égard, l'article 4 du décret n° 2004-18 du 6 janvier 2004 dispose que « *le loyer est fixé en fonction du montant de l'investissement consenti par le bailleur et du mode de financement de l'opération et comprend une part correspondant à l'amortissement du capital investi. Il tient également compte, le cas échéant, des prestations de services d'entretien et de maintenance des bâtiments et installations qui devront être assurées par le bailleur* ».

Le loyer pourra donc être modulé en fonction d'un certain nombre de paramètres, et notamment de l'évolution des prestations de services d'entretien et de maintenance à la charge du bailleur.

121. L'article 16 du décret n° 2004-18 du 6 janvier 2004 prévoit une série de dispositions en cas de survenance de sujétions imprévues. Toutefois, cette disposition soumet l'intervention de ces travaux complémentaires à deux conditions :
1 – Ces travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du contrat initial sans inconvénient majeur pour l'autorité administrative, ou ces travaux, quoiqu'ils soient séparables du contrat initial, sont nécessaires à la réalisation du projet.
2 – Le montant cumulé des marchés passés pour les travaux ou prestations complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant initial du contrat.
Le décret prévoit donc la possibilité de passer un avenant en cas de sujétions techniques imprévues dans la limite égale à 50 % du montant du contrat.





Le bail emphytéotique hospitalier

L'article L. 6148-5-3 du Code de la santé publique impose aux cocontractants de prévoir dans les conventions des clauses relatives à la transparence et aux règles de contrôle relatives aux modalités et aux éléments de calcul de l'assiette de la rémunération de l'emphytéote et leur évolution, en distinguant l'investissement, le fonctionnement et le coût financier et aux modalités de contrôle des opérations.

Outre l'évolution du contrat qui peut être prise en compte dans les stipulations contractuelles, la convention doit également mettre en place des mécanismes spécifiques permettant de contrôler le partenaire privé quant aux objectifs qu'il doit atteindre.

Les clauses permettant le contrôle des performances du cocontractant

Le contrat de partenariat





L'article 1er dernier alinéa de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat dispose que « *la rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant* ».

Le contrat doit également nécessairement comporter une clause relative aux modalités de contrôle par la personne publique de l'exécution du contrat, notamment du respect des objectifs de performance, ainsi que des conditions dans lesquelles le cocontractant fait appel à d'autres entreprises pour l'exécution du contrat, et notamment des conditions dans lesquelles il respecte son engagement d'attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des artisans.

Quant aux objectifs de performance, la convention devra alors détailler de manière précise les objectifs et indiquer la manière dont la performance du partenaire privé sera évaluée.

L'autorisation d'occupation du domaine public assortie d'une LOA

Les contrats peuvent assigner au partenaire privé des obligations quant à la qualité des ouvrages édifiés, à l'entretien et à la maintenance de ces ouvrages et au service que le cocontractant assure dans ce cadre.



Le bail emphytéotique hospitalier

L'article L. 6148-5-3 du Code de la santé publique prévoit que les baux doivent comporter, obligatoirement, à peine de nullité, une clause relative au « *contrôle de la qualité, au lien entre cette qualité et la rémunération du cocontractant, et aux conditions d'application d'éventuelles sanctions* ». En outre, la convention précisera dans quelle mesure les objectifs de performance influent sur la rémunération du partenaire privé.




Les pouvoirs de l'administration

Si en droit privé, les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites, et que par voie de conséquence la modification de la convention nécessite le recueil du consentement mutuel des parties, *a contrario* le régime juridique applicable lors de l'exécution des contrats publics est lui exorbitant de droit commun. Il en résulte que dans le cadre de ses relations contractuelles, la collectivité dispose de prérogatives de puissance publique à l'égard de son cocontractant. Ces prérogatives caractérisent une relation qui est par nature inégale entre l'administration et son cocontractant et ce dans le seul but de préserver l'intérêt général et la bonne gestion des deniers publics.

Les principes et règles applicables à l'exécution des contrats publics sont uniformes et essentiellement d'origine jurisprudentielle, contrairement aux règles applicables à la passation des contrats qui sont principalement d'origine textuelle et où la multiplicité du choix des procédures de passation des contrats publics est facteur d'insécurité juridique.




Au titre des prérogatives de l'administration contractante considérées comme exorbitantes du droit commun, l'on recense un pouvoir de direction, un pouvoir de contrôle, un pouvoir de résiliation unilatérale, un pouvoir de modification unilatérale et un pouvoir de sanction unilatéral.

Le pouvoir de direction

Les personnes morales de droit public dans leurs relations contractuelles avec les tiers titulaires de contrats publics, détiennent sur ces derniers un véritable pouvoir de direction.

Au titre de ce pouvoir, le tiers titulaire du contrat public est tenu d'effectuer la prestation conformément aux ordres et instructions qui émanent de la personne publique contractante. La plupart du temps la collectivité contractante fait usage de son pouvoir de direction par le biais des ordres de service [122].

122. Voir *Collectivités locales*, Chapitre 4 : « L'exécution des marchés publics », Dalloz. 3032-5. Point 26.



Ce pouvoir de direction est un pouvoir spécifique que détient l'administration lorsque sont en cause des prestations relatives à la réalisation de travaux. l'administration est dans un tel cas considérée comme le maître de l'ouvrage et à ce titre soumise à la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique en date du 12 juillet 1985 et notamment à son article 2 alinéa 2 [123] qui confère au maître de l'ouvrage un véritable pouvoir de direction dans ses relations avec le maître d'œuvre. L'administration ne dispose pas seulement d'un pouvoir de direction à l'égard de son maître d'œuvre, mais également à l'égard de son cocontractant chargé de l'exécution de la prestation de réalisation de la construction et donc de réalisation de travaux.

Il résulte de ce droit conféré à l'administration contractante que le cocontractant de l'administration ne dispose pas d'une liberté totale quant aux modalités de réalisation de la prestation qui lui est assignée.

Le pouvoir de direction que détient l'administration sur son cocontractant ne semble pas être constitutif d'une règle générale du droit des contrats publics. À ce titre le pouvoir de direction pour être effectif devra être expressément prévu dans l'une des clauses du contrat.

Ce pouvoir de direction qui est conféré à l'administration ne doit pas être négligé, car s'il constitue certes un pouvoir au profit de l'administration, il peut également servir de fondement pour engager la responsabilité de cette dernière en cas de carence dans l'exercice de son pouvoir [124].

Le pouvoir de contrôle

L'administration contractante, au titre des pouvoirs qu'elle détient sur son cocontractant a un pouvoir de contrôle. Ce pouvoir a été consacré par la jurisprudence dans le cadre de l'arrêt du Conseil d'État en date du 18 juillet 1930 *Compagnie des chemins de fer Paris – Lyon – Marseille* [125]. La clause du contrat qui confère à l'administration un pouvoir de contrôle sur son cocontractant a été considérée par le Tribunal des conflits comme étant constitutive d'une clause exorbitante du droit commun [126].

123. Voir loi n° 85704 en date du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique, *JO*, 13 juillet 1985, p. 7914.

124. CE, 7 novembre 1958, *Société Électricité et Eaux de Madagascar*, Rec. p. 530.

125. CE, 18 juillet 1930, *Compagnie des chemins de fer Paris – Lyon – Marseille*, Dalloz, 1931, 3, 21.

126. TC, 22 juin 1998, *Agent judiciaire du Trésor contre Miglierina*, Dr. Adm., n° 335.





Ce pouvoir permet à l'administration de vérifier que le cocontractant effectue la prestation en conformité avec les prescriptions établies dans le contrat. L'administration a la faculté d'effectuer un contrôle sur pièce et sur place.

L'administration peut faire un usage direct de son pouvoir de contrôle sur son cocontractant ou le transférer à une personne qui agit pour son compte, généralement le maître d'œuvre. Bien entendu dans le cas d'un montage contractuel complexe où le cocontractant est chargé à la fois de la conception de l'ouvrage et de sa construction, l'administration doit exercer directement le pouvoir de contrôle puisque dans un tel cas le cocontractant a la qualité de maître d'œuvre de l'ouvrage et est chargé de la construction dudit ouvrage.

Il y a des hypothèses pour lesquelles la loi a spécifiquement consacré un droit de contrôle à l'administration sur son cocontractant. C'est le cas notamment des marchés publics et délégations de service et ce en vertu de la loi du 8 février 1995 [127] codifiée à l'article 1411-3 du CGCT qui impose au cocontractant de fournir un certain nombre de documents et notamment des documents à caractère financier et comptable



Pour un exemple de reconnaissance par la jurisprudence du pouvoir de contrôle que détient l'administration sur son cocontractant dans le cadre d'un bail emphytéotique administratif, voir l'arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille en date du 17 mai 1999 [128].

Le pouvoir de résiliation unilatérale

Le pouvoir de résiliation unilatérale est l'une des premières prérogatives qui a été reconnue à l'administration contractante dans le cadre des relations contractuelles qu'elle entretient [129]avec des tiers. Ce pouvoir de résiliation unilatérale est considéré par la jurisprudence comme l'une des règles générales du droit des contrats publics. À ce titre, l'administration contractante est considérée comme titulaire d'un pouvoir de résiliation unilatérale à l'égard de son cocontractant et ce même dans le silence du contrat [130].

127. Voir loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public.

128. Voir CAA, Marseille, 17 mai 1999, *M. et M*[me] *Morelle*, Req. n° 96MA02271.

129. Voir CE, 17 mars 1864, *Dupont*, Dalloz,1864, 3, 87 et CE, *Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen*, Rec. p. 5.

130. CE, 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, AJDA, 1958, II, 282, concl. Kahn.



Classiquement, l'on considère que l'administration contractante peut faire usage de son pouvoir de résiliation unilatérale dans deux séries d'hypothèses que sont la résiliation pour motif d'intérêt général et la résiliation pour faute du cocontractant.

Typologie de la résiliation

La résiliation pour motif d'intérêt général

Le pouvoir de résiliation pour motif d'intérêt général permet à l'administration de résilier le contrat en l'absence de toute faute de la part de son cocontractant. Ce pouvoir est considéré comme une règle générale du droit des contrats administratif. Cette position a été consacrée tant par le Conseil d'État [131] que par le Conseil constitutionnel [132].

L'administration n'a pas la faculté de renoncer par avance à l'exercice de son pouvoir de résiliation [133], mais elle peut cependant aménager l'exercice de ce pouvoir [134]. Le pouvoir de résiliation est plus qu'un droit conféré à l'administration. C'est un véritable devoir dès lors qu'il se base sur un motif d'intérêt général. Il en découle que la responsabilité contractuelle de l'administration est susceptible d'être engagée si la décision de résiliation ne se fonde pas sur un motif d'intérêt général ou sur la faute du cocontractant [135].

Ce pouvoir de résiliation s'applique à tous les montages contractuels publics y compris les montages publics contractuels complexes que sont le BEA [136], AOT, BEAH, contrat de partenariat, DSP [137].

Les motifs d'intérêt général susceptibles de justifier le recours au pouvoir de résiliation unilatérale ont divers fondements. L'administration contractante a pu ainsi faire usage de son pouvoir de résiliation :

131. CE, 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, Rec. CE, 1958, p. 246.

132. C. Const., 18 janvier 1985.

133. CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat*, Rec. CE, 1985, p. 141, RFD adm. 1986, p. 21, concl. Genevois.

134. CE, 11 mai 1990, *OPHLM de la Ville de Toulon*, n° 68869.

135. CE, 23 janvier 1952, *Secrétaire d'État aux Forces armées c/Chambouvet*, n° 1778, Rec. CE, 1952, p. 50.

136. CE, février 1994, *Sofap Marignan Immobilier*.

137. CE, 2 février 1987, *Société TV6*, Rec. p. 29 et TC, 2 mars 1987, 2 mars 1987, *Société d'aménagement et de développement de Briançon Montgenèvre*, RFDA, 1987, 1ç &, obs. F.M.

– en raison de sa volonté de réorganiser le service pour les besoins et le fonctionnement des services publics [138] ;

– après qu'une modification de la composition du capital ait affecté le titulaire du contrat [139] ;

– en vue de l'intérêt financier de la collectivité et de la bonne gestion des deniers publics [140] ;

– ou encore suite à l'annulation par le juge administratif d'un acte détachable du contrat [141].

Outre la résiliation pour motif d'intérêt général coexiste la résiliation en cas de faute de la part du cocontractant encore dénommée résiliation sanction.



La résiliation pour faute du cocontractant

Le pouvoir de résiliation sanction, au même titre que le pouvoir de résiliation pour motif d'intérêt général, est une règle générale du droit des contrats administratifs, qui s'applique même en l'absence de stipulation contractuelle prévue en ce sens [142].

Le pouvoir de résiliation constitue l'une des formes possibles des sanctions coercitives dont l'administration peut faire usage lorsque son cocontractant commet une faute d'une particulière gravité à l'occasion de l'exécution des prestations prévues au contrat [143] et ce sous le contrôle du juge.

Si l'administration contractante détient un pouvoir de résiliation sanction à l'encontre de son cocontractant en cas de mauvaise exécution ou d'inexécution du contrat, le cocontractant lui ne bénéficie pas de la réciproque. Le titulaire du contrat n'a pas la faculté de suspendre l'exécution du contrat en cas de faute commise par l'administration

138. CE, 23 mai 1962, *Sté financière d'exploitations industrielles*, Rec. CE, 1962, p. 342.

139. CE, 31 juillet 1996, *Société des téléphériques du mont Blanc*, à propos du changement des associés dans une entreprise titulaire d'une délégation de service public des secours en montagne par voie héliportée.

140. CE, 9 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg* et CE, 23 juin 1986, *Thomas*.

141. CE, Avis du 3 décembre 1997.

142. CE, 30 septembre 1983, *Comexp*, Req. n° 26611. Rec., CE, 1983, p. 393.

143. Voir CE, 8 janvier 1958, *Crouzat*, Rec., CE, 1958, p. 14, pour une faute du cocontractant qui ne justifie pas le recours à la résiliation sanction. *A contrario* voir CE, Sect., 26 novembre 1971, *SIMA*, Rec., CE, 1971, p. 723, concl. Gentot, RDP, 1972, p. 239, note Waline, et p. 1245, note Labetoulle-Cabanes, AJ, 1971, p. 649, CJEG 1972, p. 140, note Basset, à propos d'un marché d'entreprise de travaux publics.







contractante [144]. *A contrario* le principe de l'exception d'inexécution est invocable au bénéfice de l'administration si le titulaire n'exécute plus ses obligations contractuelles [145].

Modalités de la résiliation

L'autorité compétente pour prononcer la résiliation d'un contrat public est l'autorité qui a signé le contrat initial, en application du principe de parallélisme des formes.

Modalités de la résiliation pour motif d'intérêt général

Lorsque l'administration contractante recours à la résiliation pour motif d'intérêt général, par définition il résulte que le contrat n'est pas résilié aux torts du cocontractant. Dans une telle hypothèse le cocontractant n'a commis aucune faute dans l'exécution des prestations prévues au contrat, par conséquent ce dernier n'a pas à subir les conséquences, notamment financières, de la résiliation du contrat par l'administration.

Dans un tel cas la résiliation peut être coûteuse pour l'administration contractante, puisque cette dernière est tenue de verser une indemnité financière à son cocontractant. Deux situations sont envisageables :

– soit les modalités de calcul de l'indemnité pour résiliation unilatérale sont prévues explicitement dans une clause du contrat [146] ;

– soit dans le silence du contrat, l'indemnité doit couvrir d'une part la perte financière subie par la résiliation et d'autre part le manque à gagner résultant de la résiliation prématurée de la relation contractuelle [147]. Si dans le cadre de l'exécution du contrat, le titulaire était chargé de la réalisation d'investissements, l'indemnité de résiliation devra également couvrir la partie encore non amortie des investissements réalisés [148]. Le titulaire du contrat victime d'une mesure de résiliation a droit à l'indemnisation du *damnus emergens* et du *lucrum cessans*.

Modalités de la résiliation pour faute du cocontractant

Lorsque l'administration contractante fait usage de son pouvoir de résiliation unilatérale pour faute du cocontractant, l'administration

144. CE, 7 janvier 1976, *Ville d'Amiens*.
145. CE, 27 mars 1976, *Carsalade*.
146. CE, 11 août 1922, *Cie des chemins de fer de l'Est*, Rec. CE, 1922, p. 737.
147. CE, 7 août 1974, *Hotchkiss et Koolidge*, Rec. CE, 1974, p. 825, CE, Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*.
148. CE, 27 février 1935, *Société des Eaux de Courtenay*, Rec. CE, 1935, p. 256.



utilise ici un pouvoir de sanction. L'administration contractante est donc tenue de respecter un certain formalisme et doit notamment recourir à une mise en demeure préalable [149] sauf stipulation contraire prévue dans le contrat [150]. La décision de résiliation sanction est une mesure administrative défavorable qui à ce titre est assujettie à la loi du 11 juillet 1979 [151] et doit par conséquent être motivée. L'administration a la faculté si elle le souhaite de renoncer à exercer elle-même ce pouvoir de résiliation sanction, et de saisir directement le juge [152].

Des règles spécifiques sont prévues en matière de concession de service public s'agissant de la personne habilitée à prononcer une mesure de déchéance du concessionnaire. Deux hypothèses sont alors envisageables. :

– soit dans le cahier des charges de la concession il est prévu que c'est l'autorité délégante qui est habilitée à prononcer une mesure de résiliation sanction, l'administration n'a dans ce cas pas la faculté de se dessaisir au profit du juge administratif et doit exercer ses prérogatives ;

– soit rien n'est prévu dans le cahier des charges et seul le juge administratif est alors habilité à prononcer une déchéance du concessionnaire.

En tout état de cause les mesures de déchéance du concessionnaire doivent rester exceptionnelles [153], d'une part, en raison du principe de continuité du service public et, d'autre part, en raison du fait que le concessionnaire est généralement chargé de la réalisation d'investissements relativement importants, et que par voie de conséquence la stabilité du contrat est essentielle.

Par principe, la résiliation ne peut être prononcée que si la faute commise par le cocontractant dans le cadre de l'exécution du contrat est d'une particulière gravité. La particulière gravité de la faute commise fait que le cocontractant dans un tel cas n'a en principe pas droit à une indemnité financière.

Pour autant s'agissant des partenariats public-privé qui confient au titulaire du contrat la charge de nombreux investissements, il a été admis par la jurisprudence que le cocontractant a droit à une indemnité qui couvre la partie encore non amortie des investissements qui ont été réalisés [154].

149. CE, 9 novembre 1988, *Commune de Freistroff*, n° 69450, RDP 1989, p. 1806.

150. CE, 29 janvier 1909, *Carteau*, Rec. CE, 1909, p 123.

151. Voir loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.

152. Voir CE, 31 mai 1907, *Deplanque*, Rec. p. 513 et CE, 7 avril 1978, *Blum*.

153. CE, 20 janvier 1905, *Compagnie départementale des Eaux*.

154. CE, 5 juillet 1957, *Commune de Deauville-les-Bains*.





Mesure de résiliation et contrôle du juge

Le contrôle du juge est d'intensité variable selon que la mesure de résiliation prise concerne un contrat public dit simple ou les investissements à réaliser par le titulaire ne sont pas importants – tel est le cas de la régie intéressée ou encore de l'affermage – où en présence d'un partenariat public-privé qui met à la charge du cocontractant la réalisation d'investissements relativement importants – tels les contrats de concession de service public, les contrats portant occupation du domaine public ou les contrats portant sur la conception et la réalisation d'ouvrages –. Dans le premier cas, le juge effectue un contrôle réduit et, dans le second, un contrôle élargi. Les mesures prises par le juge diffèrent également. Alors que dans le premier cas si la mesure de résiliation sanction est considérée comme illégale, le juge ne l'annulera pas et se contentera d'allouer une indemnité compensatrice au titulaire du contrat lésé par la mesure [155], dans le second cas le juge va non seulement annuler la mesure, mais également octroyer une indemnité compensatrice au cocontractant de l'administration [156].

Le pouvoir de modification unilatérale

Le pouvoir de modification unilatérale du contrat a été reconnu de longue date par le Conseil d'État [157] et a même été considéré comme une règle générale du droit des contrats publics applicable même sans texte [158]. Ce pouvoir de modification unilatérale qui est rattaché aux prérogatives de puissance publique n'est pas considéré comme contraire à la Convention européenne des droits de l'homme [159].

Le pouvoir de modification est cependant limité, puisqu'il est considéré que l'administration n'a pas la faculté de modifier les clauses financières du contrat [160], excepté le cas de la modification tarifaire dans les concessions, la clause ayant un caractère réglementaire dès lors que ledit concessionnaire est indemnisé du préjudice subit [161].

155. CE, 18 novembre 1988, *Ville d'Amiens*, Rec. CE, 1988, p. 417.

156. CE, 26 novembre 1971, *SIMA*, Rec. p. 723.

157. CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouens*, Rec. p. 5 et CE, 21 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, Rec. p. 216.

158. CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, RDP, 1984, 212, note Auby.

159. Cour EDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran c/ Grèce*, Rec. vol. 201, p. 65.

160. CE, 14 mars 1980, *CITEM*, D. 1980, 495.

161. Voir L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 4e édition, p. 243.





Le pouvoir de modification que détient l'administration sur son cocontractant ne peut avoir pour effet de bouleverser les clauses substantielles du contrat. En tout état de cause le titulaire du contrat a droit à une indemnité compensatrice [162].

Le pouvoir de sanction unilatérale

Le pouvoir de sanction est une prérogative qui a été reconnue par la jurisprudence dans le cadre des relations contractuelles par le biais de l'arrêt CE *Deplanque* du 31 mai 1907 [163]. Ce pouvoir est considéré comme faisant partie des règles générales applicables aux contrats publics. Le pouvoir de sanction va pouvoir être utilisé par l'administration contractante à l'égard de son cocontractant dès lors que ce dernier est défaillant dans l'exécution de ses obligations contractuelles.

Le pouvoir de sanction unilatérale peut s'exercer sous trois formes différentes que sont les sanctions pécuniaires, les sanctions coercitives et les sanctions résolutoires.

Les sanctions pécuniaires




Les sanctions pécuniaires prennent la forme de pénalités de retard, d'amendes ou de dommages et intérêts. Elles trouvent à s'appliquer le plus généralement lorsque le titulaire du contrat est chargé de la réalisation de prestations de travaux et sont donc *a fortiori* applicables dans le cadre des contrats de partenariats public-privé qui ont entre autre pour objet de mettre à la charge du titulaire du contrat la construction d'ouvrages et donc la réalisation de prestations de travaux.

Les sanctions pécuniaires ne peuvent pas être unilatéralement appliquées par l'administration. Elles doivent être expressément prévues dans le contrat dans leur principe et dans leur montant.

Les sanctions pécuniaires avant d'être prononcées n'ont pas besoin d'être précédées d'une mise en demeure du cocontractant sauf stipulation contractuelle contraire [164]. L'application des pénalités résulte d'une décision unilatérale de l'administration qui n'a en conséquence pas besoin de recourir au juge [165].

162. CE, 27 octobre 1978, *Ville de Saint-Malo*, Rec. p. 401.
163. CE, 31 mai 1907, *Deplanque*, Rec. p. 513.
164. CE, 10 juin 1953, *Commune de Saint-Denis-en-Val*, Rec. 1953, p. 276.
165. CE, 5 mai 1920, *Hayem*, Rec. 1920, p. 443.



L'administration contractante peut accorder une remise partielle ou totale des pénalités à la fin de l'exécution du contrat. Les sanctions pécuniaires ne sont pas immédiatement réglées par le cocontractant de l'administration. L'administration procédera à une réfaction des prix à la fin de l'exécution du contrat lors du paiement.

Les sanctions coercitives

Les sanctions coercitives sont dénommées :

– procédure de mise en régie dans le cadre des marchés publics de travaux ;

– procédure d'exécution par défaut pour les marchés publics de service et de fourniture ;

– et mise sous séquestre dans le cadre des délégations de service public.

Les sanctions coercitives ont pour finalité d'obtenir sous la contrainte l'exécution des prestations prévues dans le contrat. L'administration contractante fait usage de son pouvoir de sanctions coercitives lorsque le titulaire du contrat est défaillant dans la réalisation de la prestation.

Après mise en demeure, l'administration contractante va se trouver face à deux possibilités pour remédier à la situation de carence du titulaire du contrat :

– soit l'administration décide de se substituer à son cocontractant et de reprendre l'exécution du contrat avec ses propres services ;

– soit l'administration va substituer un tiers au cocontractant initial en réattribuant le contrat par la procédure de réadjudication à la folle enchère. Tous les frais et risques liés à la passation de ce nouveau contrat sont à la charge du titulaire évincé, y compris le surcoût éventuellement généré par le nouveau contrat [166].

Les sanctions résolutoires

La sanction résolutoire consiste pour l'administration contractante à résilier le contrat en cas de faute d'une particulière gravité de la part de son cocontractant et ainsi mettre fin à la relation contractuelle. La sanction résolutoire encore dénommée résolution du contrat pour faute du cocontractant a précédemment été étudiée.

166. CE, 29 mai 1981, *SA Roussey*, Rec. CE, 1981, p. 813 et CCAG-Travaux, article 49-6.





Protection du cocontractant

Les règles relatives à l'exécution du contrat et à la protection du cocontractant sont largement d'origines jurisprudentielles. Elles sont communes à l'ensemble des contrats administratifs et donc *a fortiori* applicables aux contrats de partenariats public-privé. Les contrats de partenariats public-privé sont des contrats administratifs qui confient à leur titulaire une mission globale de conception et/ou de construction, et/ou d'exploitation et/ou d'aménagement et/ou d'entretien et/ou de maintenance de l'ouvrage. Sous le vocable contrats de partenariats public-privé, l'on inclut, les délégations de service public [167], les conventions d'occupations du domaine public complexes telles que le BEA [168] ou le BEAH [169] ainsi que les partenariats sectoriels spécifiques issus de la LOPSI [170] et de la LOPJ [171], mais aussi les contrats de partenariat issus de l'ordonnance du 17 juin 2004 [172].



Le droit public et le droit des contrats publics en particulier consacrent par nature une relation inégale entre l'administration contractante et son cocontractant. En effet, l'administration qui détient des prérogatives exorbitantes du droit commun (pouvoir de contrôle [173], pouvoir de direction [174], pouvoir de modification unilatérale [175], pouvoir de résiliation unilatérale [176], pouvoir de sanction unilatérale [177]) va se



167. Les conventions de délégations de service public sont régies par les dispositions de la « loi Sapin » n° 93-122 en date du 29 janvier 1993 et reprises aux articles L 1411-1 et suivants du CGCT.

168. Voir loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation, codifiée aux articles L. 1311-2 et suivants du CGCT et loi n° 94-631 du 25 juillet 2004.

169. Voir ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003, *JO*, 6 septembre 2003, p. 15391.

170. Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure.

171. Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice.

172. Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat (*JO*, 19 juin 2004, p. 10994).

173. CE, 18 juillet 1930, *Compagnie des chemins de fer Paris – Lyon – Marseille*, Dalloz, 1931, 3, 21.

174. CE, 7 novembre 1958, *Société Électricité et Eaux de Madagascar*, Rec. p. 530.

175. CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen*, Rec. p. 5 et CE, 21 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, 2 février 1983, Rec. p. 216.

176. CE, 17 mars 1864, *Dupont* et CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen*, Rec. p. 5.

177. CE, 31 mai 1907, *Deplanque*, Rec. p. 513.



trouver en position de force à l'égard de son cocontractant titulaire du contrat public. Cette inégalité de la position de l'administration à l'égard de son cocontractant n'a qu'une finalité, faire prévaloir l'intérêt général.

Pour autant, cela ne signifie pas que le cocontractant de l'administration va se retrouver sans protection aucune.

Les droits de l'entreprise titulaire d'un contrat public sont essentiellement d'ordre financier. L'on peut citer à ce titre le fait du prince, l'imprévision, les sujétions techniques imprévues ou encore la force majeure. La jurisprudence a également reconnu au cocontractant de l'administration titulaire d'un contrat de droit public un droit d'exclusivité qui tend aujourd'hui à être remis en cause ou tout du moins assoupli.

Le fait du prince

La théorie du fait du prince est une garantie reconnue au cocontractant de l'administration titulaire d'un contrat public, en cas d'aléa administratif qui survient en cours d'exécution du contrat ou pendant la vie du contrat et qui a pour effet d'impacter négativement ce dernier.

Le Conseil d'État a consacré la théorie du fait de prince à l'occasion de deux arrêts célèbres, en date de 1949 [178], *Ville de Toulon* et *Ville d'Elbeuf*.

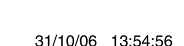
La théorie du fait du prince permet au titulaire du contrat public de pouvoir percevoir une indemnité dès lors que l'autorité administrative signataire du contrat prend une mesure administrative non pas en tant qu'autorité signataire du contrat mais au titre de son pouvoir d'administration générale, mesure qui impacte de manière négative l'exécution du contrat [179].

Pour que le fait du prince soit reconnu, encore faut-il que la mesure prise par l'administration en tant qu'autorité signataire du contrat cause un bouleversement de l'économie du contrat [180].

Le recours doit être intenté sur le fondement de la responsabilité sans faute du fait de l'acte administratif en cause [181].

178. CE, 4 mai 1949, *Ville de Toulon*, Rec. p. 197 et CE, *Ville d'Elbeuf*, Rec. p. 358.
179. CE, 29 décembre 1997, *Société civile des néo-polders*, DA, 1998, n° 109.
180. CE, 20 mai 1904, *Compagnie marseillaise de navigation*, Rec. p. 425.
181. CE, 22 février 1963, *Commune de Gavarnie*, Rec. p. 113.







Si le fait du prince est reconnu, l'administration est tenue d'indemniser intégralement son cocontractant du préjudice subi [182].

Une mesure prise par une autorité administrative non signataire du contrat et qui impacte de manière négative l'exécution dudit contrat n'est pas considérée par la jurisprudence comme étant constitutive d'un fait du prince [183]. Dans un tel cas, le cocontractant n'a en principe pas droit au rétablissement de l'équilibre financier du contrat. Pour autant, la mesure, si elle bouleverse l'économie générale du contrat, pourra être constitutive d'une imprévision et le cocontractant sera en mesure de demander une indemnisation partielle à l'administration.

L'imprévision

La théorie de l'imprévision est une garantie reconnue au cocontractant de l'administration titulaire d'un contrat public, en cas d'aléa économique qui survient en cours d'exécution du contrat ou pendant la vie du contrat, et qui a pour effet d'impacter négativement ce dernier.

Le Conseil d'État a consacré la théorie de l'imprévision par le fameux arrêt *Gaz de Bordeaux* du 30 mars 1916 [184]. Il y a imprévision lorsque quatre conditions sont cumulativement réunies. Il faut être en présence d'un événement qui :

– est imprévisible lors de la conclusion du contrat [185] ;

– est extérieur aux parties [186] ;

– est irrésistible dans sa survenance [187] ;

– a un caractère temporaire [188].



Cet événement doit avoir pour conséquence de bouleverser l'économie générale du contrat [189] et par suite empêcher le titulaire du contrat public de l'exécuter dans des conditions économiquement viables.

182. CE, 26 janvier 1938, *Barre*, Rec. p. 89.

183. CE, 29 juillet 1953, *Entreprise générale*, Rec. p. 421.

184. CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Rec. p. 125.

185. CE, 5 novembre 1982, *Société Propétrol*, Rec. p. 380.

186. CE, 12 juin 1987, *M. Pesson*, Req. n° 30060.

187. CE, 14 juin 2000, *Commune de Staffelfelden*, Contrats et Marchés publics, Juris-Classeur de novembre 2000, p. 20 et 21.

188. CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Rec. p. 125 et CE, 19 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, Rec. p. 1050.

189. CE, 20 mai 1994, *Le gardiennage industriel de la Seine*, Req. n° 66377 66401, publié aux tables du Recueil Lebon.





Dans un tel cas, le cocontractant de l'administration titulaire du contrat public a la faculté de percevoir une indemnité, si le cocontractant n'a pas interrompu l'exécution du contrat quand bien même l'événement imprévisible s'est déjà produit [190]. Le Conseil d'État a reconnu la faculté au titulaire du contrat de pouvoir faire sa demande d'indemnisation à la fin de l'exécution du contrat [191].

En tout état de cause, l'indemnité d'imprévision qui peut être octroyée à l'entreprise titulaire du contrat public ne peut pas couvrir l'intégralité du préjudice subi. Le titulaire du marché doit en supporter une part qui, en règle générale, est au moins égale à 10 % des charges extra-contractuelles induites par la réalisation de l'événement imprévisible. L'entreprise titulaire du contrat public a la faculté de demander une indemnité sur le fondement de la théorie de l'imprévision dès lors que les charges extra-contractuelles résultant de la survenance de l'événement imprévisible atteignent 15 % du montant initial du contrat [192].

Enfin, si après la survenance de l'événement d'imprévisibilité, et après octroi de l'indemnité, l'entreprise titulaire du contrat public n'est pas en mesure de continuer l'exécution du contrat dans des conditions économiques viables, l'administration contractante a la faculté d'utiliser ses pouvoirs exorbitants de droits communs qu'elle détient à l'égard de son cocontractant, et de résilier unilatéralement le contrat pour un motif d'intérêt général [193].




Les sujétions techniques imprévues

La théorie des sujétions techniques imprévues est une garantie reconnue au cocontractant de l'administration titulaire d'un contrat public, en cas d'aléa technique qui survient en cours d'exécution du contrat ou pendant la vie du contrat nécessitant des travaux supplémentaires non prévus initialement, et qui ont pour effet d'impacter négativement ce dernier.

Le Conseil d'État a rappelé dans son arrêt *Commune de Lens* en date du 30 juillet 2003 [194], les conditions nécessaires à la reconnaissance

190. CE, 5 novembre 1982, *Société Propétrol*, Rec. p. 380.

191. CE, 12 mars 1976, *Département des Hautes-Pyrénées*, Req. n° 91471.

192. Circulaire en date du 20 novembre 1974 du Premier ministre et du ministre de l'Économie et des Finances relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques (*JO*, 30 novembre 1974).

193. CE, 19 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, Rec. p. 1050.

194. CE, 30 juillet 2003, *Commune de Lens*, Req. n° 223445, Juris-Data n° 2003-065732 ; Droit administratif, Éditions du Juris-Classeur, décembre 2003, p. 22.



des sujétions techniques imprévues. Il y a sujétion technique imprévue lorsque trois conditions sont cumulativement réunies :

– il faut que les difficultés matérielles rencontrées à l'occasion de l'exécution du contrat présentent un caractère exceptionnel [195] ;

– les difficultés matérielles doivent êtres imprévisibles lors de la conclusion du contrat [196] ;

– la cause doit être extérieure aux parties [197].

En tout état de cause, les sujétions techniques imprévues doivent rendre impossible ou difficile l'exécution du contrat.

Dans un tel cas, l'entreprise titulaire du contrat public a la faculté de demander l'octroi d'une indemnité sur le fondement de la théorie des sujétions imprévues si cette dernière n'a pas suspendu l'exécution du contrat lors de la survenance de l'événement à l'origine des sujétions techniques imprévues. L'indemnité octroyée par l'administration contractante à son cocontractant doit alors couvrir l'intégralité des difficultés techniques rencontrées, et donc des travaux supplémentaires réalisés pour faire face auxdites sujétions [198].

La force majeure

La théorie de la force majeure est une garantie reconnue au cocontractant de l'administration titulaire d'un contrat public en cas d'aléa qui survient en cours d'exécution du contrat et qui rend impossible de manière temporaire ou définitive l'exécution du contrat par son titulaire.

La force majeure est considérée en droit public comme en droit privé, et dans tous les cas, comme étant une cause exonératoire de responsabilité.

La force majeure, pour qu'elle soit reconnue, doit remplir des conditions restrictives et cumulatives qui sont au nombre de trois. L'événement qui survient pour être qualifié de force majeure doit être :

– extérieur aux parties [199] ;

195. CE, 5 décembre 1990, *Société Rapetto*, RD. imm., 1991, p. 52.

196. CE, 3 février 1905, *Ville de Paris*, Rec. p. 105.

197. CE, 30 juillet 2003, *Commune de Lens*, Req. n° 223445, Juris-Data n° 2003-065732, Droit administratif, Éditions du Juris-Classeur, décembre 2003, p. 22.

198. CE, 13 mai 1987, *Sytra France*, publié aux tables du Recueil Lebon.

199. CE, 16 juillet 1952, *EDF*, Rec. p. 380.






– imprévisible dans sa survenance [200] ;

– irrésistible dans ses effets [201].

La force majeure, lorsqu'elle est reconnue, a pour effet de libérer l'administration contractante et le cocontractant titulaire du contrat public de tout lien contractuel puisque par définition la force majeure rend l'exécution du contrat impossible et ce de manière temporaire ou définitive.

Il en résulte que la résiliation du contrat peut être prononcée par le juge sans que le cocontractant de l'administration soit tenu au paiement d'une quelconque pénalité alors même que l'exécution du contrat a été définitivement interrompue, le cocontractant étant libéré de son obligation d'exécution [202].

L'exclusivité

Outre les garanties financières accordées au cocontractant de l'administration titulaire d'un contrat public, la jurisprudence administrative a reconnu un principe d'exclusivité qui tend aujourd'hui à être assoupli, si ce n'est à être remis en cause eu égard aux principes de droit de la concurrence applicables en droit administratif.

Dans un premier temps, la jurisprudence administrative a reconnu le droit à une protection du titulaire d'une délégation de service public par l'autorité délégante contre la concurrence [203], sachant que cette protection doit être limitée et justifiée par un intérêt général au regard de la mission de service public dont le délégataire est chargé [204].

Pour autant et eu égard à l'importance du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, la jurisprudence administrative a infléchi la portée du principe de protection du délégataire de service public contre la concurrence à l'occasion de l'arrêt du Conseil d'État *Ville de Toulon* en date du 25 juillet 2001 [205]. En l'espèce la Ville de Toulon avait délégué la gestion de son parc des expositions à la société Vars Expansion. La société délégataire fait

200. CAA, Bordeaux, 23 mai 1989, *SA Smac Acieroid*, Dalloz, 1990, somm. p. 68.
201. CE, 25 mai 1990, *Abadie*, Rec. p. 1026.
202. CE, 29 janvier 1909, *Compagnie Messagerie maritime*, Rec. p. 111.
203. CE, 29 janvier 1932, *Société des autobus antibois*, Rec. p. 117.
204. CE, 3 avril 2006, *Société Nike France*, Req. n° 271885.
205. CE, 25 juillet 2001, *Ville de Toulon*, Req. n° 217307.







faillite et se retourne contre la Ville de Toulon. Ladite société estime que la Ville de Toulon a failli à la protéger contre la concurrence en organisant des manifestations dans d'autres lieux. La société Vars Expansion s'appuie pour fonder sa demande sur la jurisprudence traditionnelle qui tend à reconnaître en faveur du délégataire de service public une obligation de protection contre la concurrence par l'autorité délégante.

Le Conseil d'État, dans cet arrêt, va rompre avec sa jurisprudence traditionnelle et considérer que « en l'absence de clause contractuelle de protection, le délégant n'est pas tenu de s'abstenir de tout acte susceptible d'exposer le délégataire à une concurrence ou à une plus grande concurrence ».

Désormais, les autorités publiques délégantes en l'absence de clause contractuelle de protection, ont la faculté de concurrencer le délégant sans pour autant contrevenir au principe de liberté du commerce et de l'industrie.



En tout état de cause il convient de préciser que, certes, si la protection du délégataire par le délégant contre la concurrence doit être expressément prévue dans le corps du contrat, il n'est pas dans l'intérêt de la personne publique délégante de faire obstacle à l'exécution de la mission de service public confiée au délégataire quand bien même aucune clause ne prévoirait une telle protection.



Il n'existe plus un principe général de protection du délégataire contre la concurrence. La protection du délégataire contre la concurrence pour être effective doit donc être expressément prévue dans le contrat [206].

Le délégant et le délégataire devront prendre en considération cet élément lors de la négociation du contenu du contrat de délégation de service public, dans la partie relative à la protection du cocontractant de l'administration.

206. CE, 21 décembre 1921, *Sassey*, Rec. p. 1062.

La participation des usagers à la vie du contrat

Les délégations de service public sont des contrats. Ils ne sauraient cependant être la seule affaire des parties : dès lors que leur objet est la gestion du service public, les usagers, notamment, ont un intérêt direct à ce qu'ils soient bien conçus et bien exécutés.

La jurisprudence reconnaît ainsi de plusieurs façons *la possibilité, pour les usagers du service public délégué, de faire valoir leurs droits*.

Depuis fort longtemps, le Conseil d'État a jugé que la qualité d'usager du service public (délégué ou non) donne intérêt à *contester, par la voie du recours pour excès de pouvoir, tous les actes relatifs à l'organisation et au fonctionnement du service public* (CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*).



Un usager d'une autoroute concédée, par exemple, peut demander l'annulation d'un décret qui approuve des articles d'un cahier des charges annexé à la concession et le Conseil d'État annule le décret attaqué parce qu'il conduit à la prise en charge financière par le concessionnaire (et donc, indirectement, par les usagers) des missions de surveillance et de sécurité exercées par la gendarmerie sur le réseau autoroutier, c'est-à-dire de dépenses étrangères à l'exploitation du réseau concédé (CE, Ass., 9 octobre 1996, *Mme Wajs et Monnier*, Rec. p. 387). Les usagers peuvent ainsi veiller à ce que le délégataire ne supporte pas des charges indues qu'il répercute sur eux, ce que censure la jurisprudence (*cf.* CE, 14 janvier 1998, *Porelli*, Rec. p. 11, qui annule une délibération adoptant le cahier des charges d'une convention d'affermage de la distribution d'eau qui prévoit le versement par le fermier d'une contribution et d'une redevance annuelle dont les montants ne sont pas justifiés ou CE, 30 septembre 1996, *Société stéphanoise des Eaux et Ville de Saint-Étienne*, Rec. p. 355, qui censure une délibération prévoyant l'institution de redevances répercutées sur les usagers sans que ces redevances ne trouvent leur contrepartie dans les prestations fournies par le service). Ils peuvent, de façon générale, *veiller à la bonne organisation et au bon fonctionnement du service.*

Ces objectifs peuvent être poursuivis non seulement par des recours contre des textes réglementaires, mais aussi en contestant directement les nombreuses clauses du contrat de délégation, qui, étant





relatives à l'organisation et au fonctionnement mêmes du service public (par exemple à la consistance des prestations à fournir et aux tarifs qui sont demandés aux usagers), sont regardées comme des *clauses réglementaires*. L'existence de telles clauses est caractéristique de contrats dont la mise en œuvre intéresse directement des tiers, en l'espèce les usagers du service. Le Conseil d'État admet désormais qu'elles fassent directement l'objet d'un recours (*cf.* CE, 10 juillet 1996, *Cayzeele*, Rec. p. 274). On notera que, parmi les motifs qui peuvent conduire à la censure de telles clauses, figure désormais le fait qu'elles sont « abusives » au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation (CE, S., 11 juillet 2001, *Société des Eaux du Nord*, Rec. p. 348) – ce qui traduit bien l'importance accordée par la jurisprudence aux relations entre le service (délégué) et les usagers.

Ceux-ci peuvent aussi *contester les actes administratifs relatifs à l'exécution même du contrat*, mais suffisamment « détachables » du contrat lui-même.

Était ainsi en cause, dans la célèbre affaire *Croix-de-Seguey-Tivoli* précitée, le refus d'un préfet de mettre une compagnie concessionnaire de tramways en demeure, comme le demandaient les usagers du service, de respecter les prévisions du cahier des charges relatives aux dessertes à assurer : non seulement le Conseil d'État a admis la recevabilité du recours des usagers contre ce refus, mais il a jugé que, parmi les moyens de légalité invoqués, pouvait figurer la méconnaissance d'une clause réglementaire. De même peut être demandée l'annulation de décisions par lesquelles l'autorité délégante prononce ou refuse de prononcer une résiliation (CE, Ass., 2 février 1987 ; *Société TV6*, Rec. p. 29).

Lorsque le service délégué est un service public à caractère industriel et commercial, ce qui est fréquemment le cas, *les relations des usagers avec le service relèvent du droit privé* (TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*) et les litiges auxquels elles donnent lieu de la juridiction judiciaire, qu'il s'agisse de litiges relatifs au contrat qui lie l'usager au service ou de tout autre litige (ainsi d'un litige relatif au refus de raccordement opposé à un usager – CE, 20 janvier 1988, *SCI La Colline*, Rec. p. 21 – *ou encore d'un litige relatif à un dommage de travaux publics subi par l'usager* – TC, 17 octobre 1966, *Dame veuve Canasse c/SNCF*, Rec. p. 834). On relèvera que les usagers peuvent, à l'occasion d'un litige porté devant le juge judiciaire, invoquer l'inexécution d'une de ses obligations par le délégataire pour contester le montant de la redevance qui leur est réclamée par lui (Cass. Civ. 1, 10 février 1998, *SA Saur c/Benedetti*, n° 96-15935), faire valoir le caractère abusif d'une clause de leur contrat (Cass. Civ. 1, 22 novembre 1994, *Syndicat intercommunal des Eaux de Croix*, n° 93-11611), ou





encore obtenir réparation de dommages résultant d'un manquement du gestionnaire du service à son « obligation de délivrer une chose conforme à l'usage auquel elle était destinée » (Cass. Civ. 1, 26 mai 1994, *Ville de Concarneau c/Société Fonglas et autres*, n° 92-21602, à propos de la distribution d'une eau dont la composition physico-chimique est inadéquate).

Les possibilités ainsi ouvertes aux usagers de faire valoir leurs droits ne suffisent pas pour qu'ils exercent un véritable contrôle sur les conditions dans lesquelles le service leur est rendu.

À cet égard, la question cruciale est celle de *l'information*.

Pour les services publics locaux, l'article L. 1411-3 du Code général des collectivités territoriales impose au délégataire de produire chaque année au délégant « *un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la délégation de service public et une analyse de la qualité de service* » et le même article ajoute : « *dès la communication de ce rapport, son examen est mis à l'ordre du jour de la plus prochaine réunion de l'assemblée délibérante qui en prend acte* ». L'article R. 1411-7 du même Code, issu du décret n° 2005-236 du 14 mars 2005, définit avec soin le contenu de ce rapport. Il restera à vérifier si ces précisions sont de nature à permettre que le rapport du délégataire et l'examen auquel il donne lieu deviennent des instruments d'un contrôle efficace par la collectivité délégante et, au-delà, par les usagers du service. On peut penser que le développement d'autres outils (audits impromptus, baromètres de qualité, débats publics) restera en tout état de cause nécessaire.




Il convient enfin de signaler que l'article L. 1413-1 du CGCT prévoit la création, dans les régions, les départements, les communes de plus de 10 000 habitants, les établissements publics de coopération intercommunale de plus de 50 000 habitants et les syndicats mixtes comprenant au moins une commune de plus de 10 000 habitants, d'une *commission consultative des services publics locaux* : les associations d'usagers trouvent là un lieu d'expression, sinon d'influence.



Réflexion générale sur la durée et la fin des contrats

La durée

La durée des contrats de délégation de service public et, plus généralement, des contrats de partenariat public-privé est une des composantes majeures pour la qualification et la caractérisation de l'économie de ces contrats. Si le choix de la durée ne souffre théoriquement d'aucune limite technique ou financière, son usage comme variable d'ajustement de l'équilibre des contrats est souvent inadéquat parce que, tantôt insuffisant, tantôt excessif.

Un juste milieu est à pratiquer dans toutes les circonstances afin que les contrats ne soient ni vidés de leur intérêt par des durées trop courtes, ni transformés en blanc seing par des durées trop longues.





Les textes législatifs et réglementaires ainsi que la jurisprudence sur la question de la durée portent principalement sur l'encadrement de celle-ci dans des limites économiquement justifiées par des motifs habituellement retenus pour l'équilibre des contrats publics.

Aspects économiques de la durée

La durée, outil de solidarité entre les générations

Tout contrat de gestion de service public comprend *a minima* des investissements matériels et immatériels pour l'apprentissage de l'environnement et le perfectionnement des pratiques d'exploitation dans le territoire concerné.

Le contrat peut également comprendre des investissements de développement, de renouvellement ou de premier établissement de biens immobiliers ou d'actifs partiellement immatériels tels que les services informatisés.

Le contrat organise généralement un transfert plus ou moins large des risques de l'exploitation dont les coûts aléatoires, souvent élevés, nécessitent d'être lissés dans le temps.



Ces investissements et coûts aléatoires doivent être financés sur la durée des contrats. La charge financière qui en résulte sera d'autant plus faible que la durée de leur amortissement sera importante.

Par ailleurs, il n'est pas pertinent de faire supporter à une même génération et sur une période souvent trop courte, des charges correspondant à l'acquisition de savoir-faire, ou à des investissements qui seront utiles à plusieurs générations. La durée est alors un outil pour établir une solidarité financière sur une période de temps pouvant théoriquement avoir la même échéance que la durée d'usage des développements engagés dès l'origine du projet.

La durée, composante majeure de la délégation

La durée est la « quatrième dimension » du contrat ; elle s'ajoute aux trois premières que sont la qualité-niveau de service, les recettes en provenance de l'usager, les aides et revenus annexes. Il faut considérer à ce stade que la qualité-niveau de service est la dimension reliée aux trois autres (recettes en provenance de l'usager, aides et revenus annexes, durée) au travers des coûts au nombre desquels doivent figurer ceux de développement et la rémunération de l'opérateur.




La durée peut ainsi être choisie pour définir une première période au sein de laquelle l'évolution du contrat est connue dès son origine ; elle peut être aussi la dimension du contrat au travers de laquelle les parties définissent pour une seconde période les règles d'adaptation qui permettent la poursuite de la gestion du service dans les limites d'imprévisibilité et de force majeure en partie fixées par avance.

En premier lieu, au-delà de la visibilité technique et financière de première période, les parties sont dans l'obligation de se reconnaître dans une relation *intuitu personae* où le principal critère sera la réputation, la qualité de signature et le respect des engagements dans le long terme. Les aventuriers et opportunistes à la recherche de « coups » doivent être éliminés au profit des opérateurs qui veulent se succéder à eux-mêmes.

En second lieu, il s'agit d'établir un contrat qui « absorbe les irrégularités du terrain » en intégrant des clauses d'adaptation et une répartition des risques optimisée. L'entrée grâce à la durée dans une zone non reconnue à l'avance suppose que l'opérateur ait le choix des moyens pour obtenir le résultat et qu'en particulier il puisse adapter les moyens qu'il mobilise en permanence.





La durée, paramètre technique des contrats

La durée est normalement choisie au moins égale à celle nécessaire pour amortir financièrement les investissements matériels et immatériels.

Deux questions se posent quant à l'ajustement de cette durée de principe :

– la première concerne la période comprise entre la fin de l'amortissement financier et la fin de l'amortissement technique/provisionnement dans le cas où la durée de vie de l'ouvrage est supérieure à la durée des emprunts ;

– la seconde porte sur le choix d'une durée de contrat supérieure ou non à la durée de vie prévisionnelle de l'ouvrage. Selon que l'ouvrage sera à renouveler ou pas pendant la durée du contrat, l'opérateur devra provisionner ou non pour ce renouvellement.

Ces deux choix seront essentiels pour la détermination des tarifs d'équilibre.



Ainsi, dans un contrat de vingt-cinq ans dont l'amortissement financier s'étale sur quinze ans et dont la durée de vie de l'ouvrage est de quarante ans, la période 15 ans/25 ans du contrat qui ne comprend pas de provisionnement pour renouvellement est favorable, soit à un abaissement des prix, ce qui est rarement pertinent, soit à une modulation de la marge nette de l'opérateur sous la forme d'une réduction pendant les quinze premières années avec compensation sur la période 15-25 ans (avec pour effet d'abaisser les prix pendant les quinze premières années) soit au dégagement d'un autofinancement disponible pour financer en tout ou partie une nouvelle tranche de travaux.



La durée s'avère donc un double paramètre pour le lissage des coûts à intégrer dans les tarifications : lissage mécanique dans les échéanciers d'amortissement mais aussi lissage par choix du financement du renouvellement dans le contrat ou par différé de rémunération pour l'opérateur.

La durée est aussi le paramètre principal pour l'adaptation des contrats, adaptation dont il faut choisir les critères pour l'ensemble des situations qui seront rencontrées pendant la durée du contrat ; la qualité de l'adaptation et la durée sont en effet interdépendantes ; plus le mécanisme d'adaptation sera performant, plus la durée, généralement facteur de déséquilibre se transformera en facteur de « bonification » du contrat ; on ne peut faire avec des contrats courts tout ce qu'on peut faire avec des contrats longs : trois contrats successifs



d'une durée de cinq ans n'équivaudront jamais économiquement à un seul contrat de quinze ans – pour plusieurs raisons, la mise en concurrence périodique a un coût élevé, elle détruit beaucoup de valeur à chaque changement d'opérateur. Tous les processus d'apprentissage, de mise en place d'assurance qualité, de retour d'expérience et de connaissance du milieu local sont en tout ou partie à reconstruire ; il faut se méfier des fausses économies qui sont présentées pour justifier le changement d'opérateur car il est de moins en moins « concurrentiellement correct » de garder le même opérateur comme si la relation avec l'autorité organisatrice devait conduire à une détérioration de l'efficacité économique alors que son objectif devrait être inverse.

Dans les formules contractuelles avec engagement de résultats que sont les contrats de gestion déléguée, le mécanisme d'adaptation devra conduire à réduire les risques par l'adoption de clauses de gestion équilibrée qui réduiront, automatiquement ou après discussion, les écarts entre le prévisionnel et le réel – La qualité des clauses d'adaptation se jugera à leur effet réducteur sur ces écarts – La durée amène donc à concevoir des mécanismes qui joueront dans le temps pour réduire les écarts consécutifs à l'évolution de l'environnement économique (par exemple clauses d'indexation des tarifs maxima dans le cas des rémunérations de type « *price cap* ») à l'évolution des techniques et de la qualité d'exploitation (par exemple clauses de rendement et d'économies de ressources naturelles dans les procédés ou clauses faisant varier la rémunération en fonction de la qualité du service) enfin à l'évolution de l'objectif du service (clause de périmètre ou de nature de service) ou à la prise en compte d'évolution réglementaires importantes ou d'effets économiques majeurs (clauses sur butoir, révision périodique ou clauses d'imprévision).





La durée, résultat d'un choix responsable

Le contrat est donc bâti dans la durée pour établir un compromis entre les différentes contraintes dans le meilleur intérêt de l'usager et de façon à permettre aux différentes parties prenantes, en particulier l'opérateur et le financeur, d'apporter des solutions durables c'est-à-dire performantes techniquement et économiquement, non seulement à court terme, mais aussi dans le long terme.

Le contrat fixe donc la règle du jeu entre les parties prenantes directes et indirectes du contrat usager et citoyen, autorité organisatrice, opérateur, agent du service et financeur. Le contrat définit donc au moment de la signature, l'équilibre initial du contrat et les droits et obligations des partenaires, usagers, opérateur, autorité organisatrice. Le contrat précise également l'évolution de cet équilibre dans la durée.



L'autorité organisatrice gardienne de cet équilibre est en charge de contrôler la bonne exécution du contrat en s'assurant que l'usager bénéficie du service prévu autant par la qualité que le prix ou la sécurité d'utilisation ; de même le citoyen demande l'application de tarifs sociaux pour les plus démunis tout en exigeant la préservation de l'environnement et une limitation aussi forte que possible des contributions fiscales. L'opérateur de son côté souhaite développer ses savoir-faire, améliorer ses résultats financiers en diminuant ses coûts alors que l'autorité organisatrice a l'obligation de valoriser le patrimoine du service pour en garantir la qualité et la performance futures. Sans contrôle et expertise qualifiée, un déséquilibre progressif du contrat ne manquera pas de se créer dans la durée – il sera la conséquence inévitable du manque de compréhension de l'économie du contrat par l'autorité organisatrice. L'opérateur peut en effet augmenter ses résultats contractuels en augmentant sa productivité, il le peut aussi en réduisant la qualité des services rendus ou la valeur du patrimoine.

La transparence des choix, même ceux associant le public, ne peut être réelle sans que les évaluations ne soient elles-mêmes pluralistes et assises sur une expertise indépendante et un contrôle effectif.

Chaque contrat a donc une durée spécifique en fonction des objectifs recherchés. Si les contrats, dans lesquels les investissements et les risques transférés à l'opérateur sont faibles, peuvent se satisfaire de durées courtes lorsque le remplacement de l'opérateur n'est pas trop coûteux en terme d'apprentissage ou de relations avec la clientèle, il n'en demeure pas moins que la durée constitue toujours une variable d'ajustement des coûts car l'opérateur, sous la pression de son banquier, préfère toujours des contrats à résultat garanti faible ou modéré que des contrats à risque élevé. Les gains de structure étant généralement positifs avec la taille et la durée, la concentration des opérateurs et la durée longue sont normalement deux facteurs générateurs de compétitivité. Alors, la mise en concurrence doit être conduite, autant pour stimuler l'opérateur en place que pour en changer. Il sera également difficile de juger de la pertinence d'offres financières attractives lorsqu'elles reposent sur des réductions de coûts concernant les effectifs, le niveau des salaires ou la nature des matériels qui seront employés. La relation de confiance et la gestion durable sont en effet les prérequis pour un vécu harmonieux et la performance de l'exploitation pendant la durée du contrat.



Encadrement juridique de la durée

Règles et principes généraux

Si la durée des contrats doit, en théorie, être économiquement déterminée, le législateur a ressenti le besoin, depuis toujours, d'encadrer



le choix des durées dans des principes et des limites que l'autorité organisatrice d'État ne semble pas connaître mais qu'il a surtout fixées pour les collectivités territoriales.

La longue durée qui peut être choisie en tant que variable d'ajustement pour obtenir la faisabilité de certains projets crée en effet des risques pour l'autorité organisatrice qui n'est pas en mesure de juger lors de la signature du contrat de la pertinence future de la solution choisie : mode de gestion, qualité de l'opérateur, évolution des besoins. Le service peut d'ailleurs connaître des mutations telles, que la résiliation pour motif d'intérêt général doive intervenir pour permettre la mise en œuvre rapide des évolutions nécessaires au progrès du service ; la longue durée sera alors génératrice de droits au profit de l'opérateur en place qui peuvent être très importants si la durée du contrat restant à couvrir est élevée.

Après la transformation en modèle des cahiers de charges types par la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des régions et des départements, les autorités organisatrices locales n'ont eu d'autres contraintes dans la fixation de la durée que celle de l'erreur manifeste d'appréciation que le juge pouvait leur opposer lorsque le préfet le saisissait à l'occasion du contrôle de légalité ou lorsqu'un tiers attaquait la décision de l'assemblée délibérante autorisant la signature du contrat.



La loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, dite « loi Sapin » a mis fin à ce régime de liberté quasi totale en obligeant l'autorité organisatrice à justifier la durée choisie et en précisant les éléments à considérer pour la fixation.

La loi précise dans son article 40 que « *les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée – celle-ci est déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire –* » se trouvant ainsi interdites de clauses contractuelles de tacite reconduction et la fixation de durées sans rapport avec l'objet du contrat au sens des prestations demandées. Il peut également être prévu que des prestations comme celle de lissage financier conduisent à des contrats longs sauf dans le cas où des « *installations sont à charge du délégataire ; la convention tient* [alors] *compte pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre* ». Cette disposition a pour effet de limiter la durée d'amortissement financier des investissements à celle d'amortissement des installations. Cette limitation est bien entendu pertinente économiquement mais fallait-il en déduire que la durée du contrat devait subir la même limitation. Ceci est moins sûr car il ne peut être exclu que des motifs autres que l'investissement puissent conclure à





allonger cette durée de principe notamment dans le cas où le renouvellement de l'ouvrage financé par des provisions pour renouvellement inscrites au passif de bilan en « droits du concédant », nécessite une période probatoire d'exploitation pour en garantir la parfaite fonctionnalité. Il est alors intéressant que le contrat puisse se prolonger au-delà de la fin d'amortissement des installations pour vérifier la qualité des renouvellements opérés.

Il est d'ailleurs intéressant de constater que les modèles de contrat ont généralement prévu des durées moyennes réalistes de l'ordre de douze ans pour l'affermage de services capitalistiques, de vingt à trente ans pour les concessions avec constructions d'ouvrages importants et de l'ordre de six ans pour les contrats en gérance, affermages ou concessions de services peu capitalistiques, stationnements de surface, services extérieurs de pompes funèbres, collectes et évacuations d'ordures ménagères.

Aspects sectoriels

L'article 40 de la « loi Sapin » précitée a limité la durée de certaines délégations de service public et encadré les possibilités de prolongation des contrats.





« Dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement des ordures ménagères et autres déchets, la délégation de service public ne peut avoir une durée supérieure à vingt ans sauf examen préalable par le trésorier-payeur général à l'initiative de l'autorité délégante des justificatifs de dépassement de cette durée. Les conclusions de cet examen sont communiquées aux membres de l'assemblée délibérante compétente avant toute délibération relative à la délégation. »

Cette mesure est très intéressante car elle organise, pour les durées longues, un processus garantissant la transparence du choix des dispositions du contrat en rapport avec la durée. Cette démarche de justification du choix doit, en toutes circonstances, être conduite y compris lorsque l'examen par le trésorier-payeur général n'est pas requis.

La prolongation des contrats peut intervenir dans deux cas :

1 – pour des modifications d'intérêt général, sans excéder un an, ce qui est une façon élégante d'habiller le retard fréquemment pris dans le lancement des procédures de mise en compétition avant l'expiration des contrats. Dans la pratique, le délai pour préparer et mener à son terme le processus de sélection d'un nouvel opérateur ne peut en effet être inférieur à une année dont environ sept à huit mois pour la procédure prévue par la « loi Sapin » ;



2 – lorsque le délégataire est contraint de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à couvrir que par une augmentation des prix manifestement excessive.

Si la délégation a été consentie par une personne publique autre que l'État, la prolongation ne peut intervenir qu'après un vote de l'assemblée délibérante.

Les cas de prolongation du contrat sont bâtis d'une façon mettant en évidence la difficulté à prévoir des cas de prolongation lorsque des limitations ont été instituées. La durée ne doit pas être un mode détourné pour échapper à la mise en concurrence lorsque cette dernière est le seul recours pour garantir la qualité et la performance durables du service. Notons que cette disposition peut inciter à attendre pour introduire dans les contrats des travaux importants à la charge des opérateurs, ceci dans le but de provoquer des prolongations ultérieures de la durée des contrats.

Dimensions émergentes





La limitation de durée est justifiée dans tous les cas où les autorités organisatrices n'ont pas, à un degré suffisant, les moyens de garantir la liberté de leur choix dans le long terme et la performance du service eu égard aux objectifs fixés.

Aujourd'hui, l'insuffisance de l'expertise, le faible niveau de retour d'expérience et l'absence de règles harmonisées permettant de comparer les performances conduisent à recourir à la mise en compétition comme mode de régulation de la performance.

Il s'avère que, dans d'autres pays où certains services sont fournis sous régime de licences d'exploitation, la mise en concurrence sur tout ou partie des fournitures n'a jamais conduit au remplacement des opérateurs – sauf au travers d'opérations de fusions-acquisitions sur les marchés financiers. Ces opérateurs « producteurs » sont encore, dans bien des cas, les propriétaires et exploitants des réseaux en monopole naturel qui leur procurent des revenus substantiels notamment en provenance de leurs concurrents ; ces derniers sont en effet dans l'obligation de les utiliser en vertu des régimes de droits exclusifs qui leur sont attachés.

À l'opposé de ces régimes contractuels de quasi-privatisation, deux options de partage des risques impliquant plus largement les autorités organisatrices se développent. La première, au travers de contrats moins « délégants » tels que la plupart des contrats de partenariat



public-privé, la seconde au travers d'opérateurs dont les autorités organisatrices sont actionnaires.

Ces « partages de risques » reposent sur des contrats précisant non seulement les résultats à atteindre mais aussi les moyens qui vont les garantir dans le temps. L'autorité organisatrice devra s'assurer dans la durée que son implication notamment financière ne concerne que la couverture des risques qu'elle a décidé de prendre en charge et non pas celle que l'opérateur doit supporter pour les risques qui lui incombent.

En résumé, la durée doit être l'instrument de la performance économique autant par les partenariats durables qu'elle permet d'instaurer et les mécanismes de formation des prix qu'elle génère que par les possibilités de remise en concurrence qu'elle apporte. C'est de cet équilibre subtil que doivent jouer les autorités publiques pour améliorer la qualité des services publics : trop de remise en concurrence tue la concurrence, trop de routine tue la performance.

La fin des contrats de PPP





La fin du contrat de DSP : l'expiration du contrat au terme de sa durée normale

La définition des modalités et des conséquences de la fin d'un contrat de délégation de service public participe pleinement et directement du régime juridique d'un tel contrat, pour au moins deux raisons.

Tout d'abord, les délégations de service public s'inscrivent presque toujours dans une logique de longue durée, parce que la prise en charge de la gestion d'ensemble d'un service public suppose le plus souvent la réalisation, par le cocontractant de la collectivité publique organisatrice, d'investissements matériels ou immatériels que le délégataire doit pouvoir amortir dans le cadre de l'exécution du contrat. La Commission européenne, dans sa communication interprétative du 12 avril 2000 sur les concessions en droit communautaire, insistait sur ce point : la durée de la concession constitue un élément important de la rémunération du concessionnaire, puisqu'il reçoit contractuellement la possibilité de percevoir des droits sur les usagers de l'ouvrage ou du service concédé pendant cette durée. La fin du contrat rétroagit alors sur l'économie générale de celui-ci : le bilan des droits et des obligations réciproques dont elle est l'occasion s'avère particulièrement sensible au facteur temps, au respect du terme normal de la convention, à son éventuelle anticipation ou, au contraire, à sa prorogation.



Par ailleurs, la fin du contrat de délégation de service public doit composer avec la nécessaire continuité du service public. À l'approche du terme, la collectivité doit se projeter dans l'avenir, se préoccuper de l'après-contrat, veiller à ce que, dans cette phase délicate, aucune interruption ou baisse de qualité ne survienne dans le service rendu à l'usager, envisager les conditions de la future remise en concurrence, voire l'éventuel changement du mode de gestion.

La durée normale du contrat

Conformément à l'article 40 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, dite « loi Sapin », (intégré, pour les collectivités locales, à l'article L. 1411-2 du Code général des collectivités territoriales – ces dispositions ne sont pas directement opposables dans les cas de monopoles légaux), les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée. Celle-ci est déterminée par la collectivité publique en fonction des prestations demandées au délégataire. Lorsque les installations sont à la charge du délégataire, la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre.





Dans le domaine particulier de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets, les délégations de service public ne peuvent avoir en tout état de cause une durée supérieure à vingt ans, sauf examen préalable par le trésorier-payeur général (TPG), à l'initiative de l'autorité délégante, des justificatifs de dépassement de cette durée. Les conclusions de cet examen sont communiquées aux membres de l'assemblée délibérante compétente avant toute délibération relative à la délégation.

Une circulaire du 10 mai 1995 du ministre du Budget (*JO* du 12 mai 1995) a précisé que le trésorier-payeur général n'a pas pour rôle de porter une appréciation sur l'opportunité ou la légalité de l'acte, mais d'intervenir, comme expert économique et financier, en apportant à la collectivité des informations ou des appréciations sur le volume des investissements à réaliser, le niveau des prix du service, la capacité financière des partenaires concernés, l'incidence financière du respect des normes environnementales ou sanitaires. La circulaire précise également que seule l'autorité délégante est habilitée à saisir le TPG, soit d'une convention de délégation initiale, soit d'un avenant ayant pour effet de prolonger au-delà de vingt ans une délégation. Le dossier de saisine transmis au TPG doit comprendre, outre le projet de convention et le compte d'exploitation prévisionnel, des éléments d'information sur les durées de vie technique des matériels concernés, le plan de financement (capitaux propres, emprunts), et les besoins de financement de l'opération.





Les conséquences de la fin du contrat

L'expiration de la durée stipulée dans le contrat entraîne normalement de plein droit l'extinction du contrat. On peut distinguer d'une part les conséquences financières et patrimoniales de la fin du contrat, d'autre part ses conséquences juridiques.

Conséquences financières et patrimoniales

• **Les biens de retour**

Les biens de retour sont ceux qui doivent normalement revenir obligatoirement à la collectivité au terme normal du contrat. À défaut de définition dans le cahier des charges, le juge administratif considère qu'il s'agit des biens nécessaires à la poursuite de l'exploitation du service public à l'expiration du contrat (CE, 11 mai 1956, *Compagnie des transports en commun de la région de Douai*). Le Conseil d'État fait sienne, sur ce point, une définition élargie, l'obligation de restitution ou de remise à la collectivité délégante s'entendant non seulement des immeubles et des biens meubles, mais aussi des « documents » dont la détention s'avère nécessaire à la continuité du service public (CE, 13 décembre 2002, *Société International Sporting Yachting Club de la Mer*).



En ce qui concerne les biens mis en concession par le délégataire, il y aura lieu éventuellement au versement par le délégant d'une indemnité au moins égale à la valeur nette comptable du bien au terme du contrat, sauf s'il a été convenu que le délégataire pratiquerait un amortissement de caducité.

En ce qui concerne les biens « affermés », c'est-à-dire les biens remis pour exploitation au délégataire par la collectivité délégante, le contrat peut prévoir l'obligation pour le délégataire de pratiquer des amortissements postérieurement au dernier renouvellement devant intervenir avant le terme du contrat et de les reverser au délégant au terme du contrat. Par ailleurs, la fin du contrat de délégation pose la question du traitement comptable, fiscal et financier des provisions pour renouvellement constituées par le délégataire et non utilisées au terme du contrat. Selon le guide comptable des entreprises concessionnaires approuvé par le Conseil national de la comptabilité le 18 décembre 1975, « les provisions pour renouvellement non utilisées à la liquidation de la concession constituent une dette du concessionnaire envers le concédant » (chapitre 1, § D. 1. a, p. 39). Il peut être en effet considéré que la part non encore utilisée de ces provisions est grevée d'une affectation aux ouvrages concédés, puisque les tarifs du service public délégué ont été fixés contractuellement eu égard, notamment, aux charges de dotations aux provisions induites par le plan de renouvellement de ces ouvrages. L'hypothèse contraire (*i. e.* si les provisions non utilisées sont transférées au compte de résultat et traitées fiscalement comme



des bénéfices) serait de nature à faire présumer le caractère dolosif, car élaborées sur la base de charges manifestement surévaluées, des stipulations tarifaires de la convention de délégation.

• **Les biens de reprise**

Les biens de reprise sont des biens qui, quoique affectés au service, demeurent la propriété du délégataire pendant la durée du contrat et ne pourront devenir à l'expiration propriété de la collectivité que moyennant une indemnité de reprise.

Cette indemnité est normalement calculée conformément aux prévisions du cahier des charges, qui peut prévoir une évaluation de la valeur du bien à dire d'expert, ou se référer à la valeur nette comptable (valeur initiale moins amortissements cumulés).

• **Autres incidences financières ou patrimoniales de l'expiration du contrat**

– *En matière de TVA* : conformément à l'article 210 de l'annexe II du Code général des impôts, lorsque la remise des biens de retour à la collectivité intervient avant le commencement de la 19e année (immeubles ; 9e année pour les immeubles livrés, acquis ou apportés avant le 1er janvier 1996) ou de la 4e année (autres immobilisations) suivant celle de leur acquisition ou de leur achèvement, la collectivité organisatrice propriétaire est normalement redevable d'une fraction de la TVA antérieurement déduite égale au montant de la déduction diminué d'un vingtième (ou, selon le cas, d'un dixième ou d'un cinquième) par année civile ou fraction d'année civile écoulée depuis la date à laquelle l'immeuble a été acquis ou achevé. Toutefois, si les biens concernés sont remis à un nouveau délégataire, ou si le service repris en régie est assujetti à la TVA, le nouvel exploitant pourra opérer la déduction de la taxe dont la collectivité était débitrice. Ce mécanisme fiscal ne posera donc un problème que dans le cas particulier où la collectivité reprend l'exploitation du service en régie sans s'assujettir à la TVA (à condition que le droit fiscal le permette).



– *Autres conséquences financières :* la fin de la concession donne lieu à des règlements financiers divers : restitution du cautionnement éventuel au concessionnaire, remboursement au concessionnaire de fournitures faites aux abonnés postérieurement à la date de prise d'effet de l'expiration du contrat (pour assurer la continuité du service).

Conséquences juridiques de l'expiration du contrat

On peut évoquer ici principalement la question du devenir du personnel (pour un développement de cette question, se reporter



à la partie sur le régime du personnel), et celle de la subrogation de la collectivité délégante dans les droits et les obligations détenus par son cocontractant du fait de l'exécution du contrat.

Sur cette question, le principe général selon lequel la collectivité est, après l'expiration du contrat, subrogée à l'ancien exploitant du service, ne vaut que pour les droits et obligations liés strictement à l'exploitation du service et aux dépenses d'investissement qu'il induit, mais, sauf disposition contraire du cahier des charges, nullement pour les charges afférentes aux emprunts souscrits par le délégataire (CE, 16 juin 1922, *Compagnie générale des Eaux*).

Le juge administratif a par ailleurs considéré que si le droit à occupation des installations de la concession disparaît pour l'ancien délégataire après expiration de son contrat de délégation, la collectivité délégante ne pourra obtenir que l'expulsion soit ordonnée (en référé) que si l'urgence de cette évacuation au regard de l'intérêt général et de la continuité du service public est établie (CE, 17 janvier 1996, *SARL Le jardin des Pyrénées*).

La fin des autres contrats de partenariat public-privé : AOT-LOA, BEA, CP



Les différentes conventions et autorisations d'occupation du domaine public qui forment les partenariats sont nécessairement conclues ou octroyées pour une durée déterminée, à l'issue de laquelle le partenariat prend fin. C'est là la fin normale des partenariats, qui, en tant que telle, n'appelle pas de commentaires sur le plan des principes généraux.

L'applicabilité des règles de droit administratif applicables à l'ensemble des contrats administratifs n'appelle pas non plus de commentaire particulier. En revanche, certaines dispositions particulières sont prévues en fonction des particularités des différents modes de partenariat public-privé.

La fin des montages en AOT-LOA

La résiliation pour faute de la convention de bail et de l'AOT

L'article 5 du décret du 6 janvier 2004 prévoit que « *la convention comporte une clause autorisant l'État à résilier le bail à tout moment, notamment si le bailleur ne se conforme pas à ses obligations ou, si du fait de ce dernier, la continuité du service public ne peut plus être assurée.*

Lorsqu'elle est motivée par un manquement du bailleur à ses obligations, la mise en œuvre de la clause mentionnée à l'alinéa précédent emporte retrait de l'autorisation d'occupation temporaire consentie au



bailleur. *Ce retrait est notifié selon les modalités prévues aux I et II de l'article R. 57-6 du Code du domaine de l'État.*

Le bail fixe les conditions dans lesquelles les bâtiments et installations entrent dans le patrimoine de l'État, selon les cas à la date de la résiliation de la convention de bail lorsqu'elle emporte retrait de l'autorisation d'occupation temporaire, ou au terme de cette autorisation.

Le bail prend fin de plein droit lorsque l'autorisation d'occupation temporaire cesse de produire effet ou fait l'objet d'une résiliation avant le terme fixé. »

La résiliation pour motif d'intérêt général

À cet égard, l'article 5 du décret du 6 janvier 2004 prévoit que « *la convention comporte une clause autorisant l'État à résilier le bail à tout moment, notamment si le bailleur ne se conforme pas à ses obligations ou,* ***si du fait de ce dernier, la continuité du service public ne peut plus être assurée.*** [...] »





La fin du bail emphytéotique administratif

La fin du BEA est beaucoup moins encadrée que celle des AOT-LOA. Pour autant, on peut considérer que le BEA peut faire l'objet d'une résiliation anticipée pour faute ou pour motif d'intérêt général au même titre et dans les mêmes conditions que les AOT-LOA.

La fin du contrat de partenariat

Même si la faculté de résiliation unilatérale est ouverte à l'administration sans texte, l'ordonnance sur les contrats de partenariat a prévu que ces derniers devaient obligatoirement contenir des clauses relatives « aux conditions dans lesquelles il peut être procédé, par avenant ou, faute d'accord par une décision unilatérale de la personne publique, à la modification de certains aspects du contrat ou à sa résiliation, notamment pour tenir compte de l'évolution des besoins de la personne publique, d'innovations technologiques ou de modifications des conditions de financement obtenues par le cocontractant ».

Régime du personnel

Dans le domaine des partenariats public-privé, les questions liées au personnel ont trait notamment aux relations nouées entre les représentants des secteurs public et privé ainsi qu'aux différents aspects que ces relations recouvrent. Une compréhension mutuelle des métiers, une clarification des responsabilités respectives de chacun ou encore un partage total des informations entre les différents acteurs peuvent, par exemple, s'avérer des enjeux essentiels pour limiter les risques potentiels de conflits et de divergences au sein du personnel.

Dans le cadre du programme PFI britannique, la prise en compte de ces différents aspects conduit à préconiser des solutions spécifiquement adaptées aux problématiques du partenariat public-privé [207] : création, pour chaque niveau d'exécution, d'équipes de projet mixtes responsables du bon déroulement des opérations ; institution d'accords garantissant les conditions d'un dialogue permanent des personnels sur les sujets sensibles de l'opération (performance et amélioration du service, orientations stratégiques, mode de résolution des différends etc.), mise en place de locaux communs etc.

À la différence du Royaume-Uni, les réflexions sur cette dimension managériale sont assez rares en France, où la problématique du personnel reste essentiellement centrée par les questions liées à l'identification des différentes catégories d'agents impliqués dans la gestion des services publics gérés en partenariats public-privé ainsi que par celles posées en cas de changement de mode de gestion [208].

Les différentes catégories de personnels impliqués dans la gestion des services publics

Pour gérer leurs services publics, les collectivités publiques ont recours à différentes catégories de personnels : les fonctionnaires et agents assimilés qui, placés dans une situation statutaire et réglementaire, sont nommés dans un emploi permanent et titularisés dans un grade de la hiérarchie administrative d'une collectivité, et le

207. Voir par exemple : *Managing the relationship to secure a successful partnership in PFI projects*, NAO Report, 29 juillet 2001, disponible sur le site internet du National Audit Office.

208. Dans ce cadre, l'IGD a chargé un groupe de travail de réfléchir à ces différentes questions.





personnel dit « sous contrat » auquel il ne peut être recouru que de façon exceptionnelle et sous réserve du respect d'un certain nombre de conditions.

Au sein de ce personnel sous contrat, il faut de plus distinguer entre les agents contractuels de droit public et les agents contractuels de droit privé.

En effet, à l'inverse des entreprises privées où le critère organique est déterminant et duquel découle le fait que la relation qui les lie à leurs employés est toujours de droit privé, les contrats que les collectivités territoriales passent pour recruter certains de leurs agents ne sont pas nécessairement des contrats publics. Ainsi, au sein d'une collectivité publique, coexistent :

– les agents contractuels de droit public, qui sont les agents qui participent à l'exécution d'une mission relevant d'un service public administratif (SPA) [209] ;

– les agents contractuels de droit privé, qui sont les agents qui participent à l'exécution d'un service public à caractère industriel et commercial (SPIC). Ils sont soumis au régime de droit commun du travail [210]. Toutefois, ils peuvent parfois être tenus par certaines obligations spécifiquement liées à l'accomplissement d'une mission de service public telles que, par exemple, la neutralité et le devoir de réserve. Les articles 521-2 à 521-6 du Code du travail prévoient, par ailleurs, des modalités spécifiques d'exercice du droit de grève pour eux.

Il est nécessaire d'avoir bien identifié les différentes catégories de personnel susceptibles d'intervenir dans la gestion du service public pour évoquer les incidences d'un changement de mode de gestion.

Le sort du personnel en cas de changement de mode de gestion : le passage de la gestion en régie à la DSP et inversement

La question du sort du personnel en cas de changement de mode de gestion est rendue complexe par la multiplicité des régimes juridiques

209. TC, 25 mars 1996, *Berkani*, Rec. p. 435.

210. L'article L. 200-1 du Code du travail dispose que « [...] *sont soumis aux dispositions du présent livre les établissements industriels et commerciaux et leurs dépendances, de quelque nature qu'ils soient, publics ou privés.* » D'un point de vue contentieux, l'article L. 511-1 du Code du travail précise, en outre, que « [...] *les personnels des services publics lorsqu'ils sont employés dans les conditions du droit privé relèvent de la compétence des conseils de prud'hommes…* »



applicables aux personnels : fonctionnaires, agents contractuels de droit public (non soumis au Code du travail) et de droit privé (soumis au Code du travail) et par le passage éventuel du personnel de l'un à l'autre de ces régimes à l'occasion du changement. En particulier, l'application des dispositions du Code de travail relatives à la reprise du personnel en cas de transfert d'entreprise constitue un enjeu financier important [211]. Elle détermine, en pratique, qui du nouvel ou de l'ancien employeur paiera les indemnités de rupture.

Dès lors, deux situations doivent être étudiées : la reprise en régie directe par la collectivité publique d'un service qu'elle avait préalablement délégué, la délégation d'un service que la collectivité gérait auparavant en régie directe.

La reprise en régie directe par la collectivité publique d'un service qu'elle avait préalablement délégué

Cette reprise en régie du service par la collectivité est toujours possible en vertu du principe de réversibilité des modes de gestion. Elle pose néanmoins la question du sort du personnel du délégataire affecté à la gestion du service public repris en régie.





Il importe dans ce cas de distinguer la situation où l'activité gérée par un opérateur privé et qui est reprise en régie constitue un service public industriel et commercial (SPIC) de celle où elle constitue un service public administratif (SPA).

S'il s'agit d'un SPIC, la situation est relativement simple dans la mesure où, conformément à la jurisprudence *Berkani*, les agents qui participent à l'exécution d'un SPIC, sont des agents de droit privé. Les agents du délégataire sortant peuvent donc être transférés à la collectivité publique sans difficulté majeure.

S'agissant des activités de service public pouvant être qualifiées d'administratives, la jurisprudence européenne puis française a reconnu

211. L'article L. 122-12 de ce Code, qui constitue la transposition en droit français de la directive 77/187/CEE du Conseil du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise, dispose, en effet, que : « *s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fond, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise* ». La mise en œuvre de cet article par la jurisprudence est, par ailleurs, subordonnée à la réunion de deux conditions : le transfert d'une entité économique conservant son identité et la poursuite ou la reprise de l'activité.



l'applicabilité de l'article L. 122-12 du Code du travail aux transferts d'entité économique autonome du secteur privé vers un SPA.

Le législateur français, prenant acte des conséquences de cette jurisprudence, a prévu à l'article 20 de la loi du 26 juillet 2005 [212] que « *Lorsque l'activité d'une entité économique employant des salariés de droit privé est, par transfert de cette entité, reprise par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif, il appartient à cette personne publique de proposer à ces salariés un contrat de droit public, à durée déterminée ou indéterminée selon la nature du contrat dont ils sont titulaires. Sauf disposition législative ou réglementaire ou conditions générales de rémunération et d'emploi des agents non titulaires de la personne publique contraires, le contrat qu'elle propose reprend les clauses substantielles du contrat dont les salariés sont titulaires, en particulier celles qui concernent la rémunération. En cas de refus des salariés d'accepter les modifications de leur contrat, la personne publique procède à leur licenciement, dans les conditions prévues par le droit du travail et par leur contrat* ».

La possibilité de proposer un contrat de droit public à durée indéterminée est certes une réponse intéressante au problème posé par le transfert du personnel bénéficiant auparavant d'un CDI de droit privé, qui ne va pas sans soulever un certain nombre d'interrogations lorsque l'on s'interroge sur la mise en œuvre pratique d'un tel contrat, et notamment sur le contenu du contrat de droit public qu'il appartient à la collectivité publique de proposer.

De nombreuses incertitudes persistent en effet tant au plan des garanties individuelles, qu'au plan des garanties collectives (conventions collectives, prévoyance complémentaire, retraite, intéressement…).

De manière générale, ces questions mettent l'accent sur la faible densité normative qui entoure le contrat de droit public créé par l'article 20 de la loi du 26 juillet 2005.

La délégation d'un service que la collectivité gérait auparavant en régie directe

Cette situation se rencontre lorsqu'une collectivité publique choisit de recourir à un opérateur privé pour assurer la gestion d'un service public dont elle a la charge. Sur le plan du personnel, il convient alors de distinguer deux hypothèses, selon qu'il s'agit du personnel sous contrat, de droit privé ou public, et des fonctionnaires.

212. Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique.



S'agissant des agents contractuels, et plus spécifiquement des agents de droit privé, l'opération est dans le champ du droit commun du travail et les contrats de travail peuvent être maintenus si l'activité est transférée à l'identique, conformément aux critères posés par la jurisprudence dans le cadre de l'application de l'article L. 122-12 alinéa 2.

Concernant les agents contractuels de droit public, ils ne peuvent se prévaloir de l'application du Code du travail et les dispositions de l'article L. 122-12 alinéa 2 sont inapplicables [213]. Cette solution, rappelée récemment par le Conseil d'État [214] semble, par ailleurs, conforme à la directive 77/187 dont le bénéfice ne peut être invoqué que pour des personnels « *protégés en tant que travailleurs au titre de la législation nationale en matière de droit du travail* », ce qui exclut normalement les agents de droit public [215], y compris si ces derniers exercent leur mission régalienne au sein d'une entité à caractère économique [216].

Si cette situation est préjudiciable pour le personnel qui perd les avantages liés au contrat et à l'ancienneté, il est vrai, qu'en pratique, le souci de reclassement conduit souvent la collectivité publique à conserver ces agents dans le cadre d'autres activités ou à négocier leur embauche par le nouvel opérateur en charge du service. Si l'agent refuse, une indemnité peut, par ailleurs, lui être versée au titre de la résiliation du contrat.



S'agissant des fonctionnaires, leur transfert n'est pas, à l'heure actuelle, imposer par les textes et la jurisprudence [217].

Néanmoins, il peut naturellement être envisagé par la collectivité et le fonctionnaire de recourir au détachement ou à la mise à disposition.

213. Cass. Soc., 4 juillet 1990, pourvoi n° 85-44260.

214. CE, 14 mai 2003, *CCI de Nîmes-Uzès-Bagnols-Le Vigan*, Req. n° 245628. Note Gilles Le Chatelier DA, juillet 2003, p. 17.

215. CJCE, 14 septembre 2000, *Renato Collino* (aff. C-343/98) ; voir également J.-B. Auby, CJCE, *Privatisations et contrat de travail*, DA, novembre 2000, p. 1.

216. CJCE, 10 décembre 1998, *Hidalgo*, Rec. CJCE, I, p. 3189.

217. CJCE, 14 septembre 2000, *Collino et Chiappero*, aff. C-343/98 : la directive « Transferts » ne s'applique qu'aux travailleurs soumis au droit du travail avant le transfert (dit pour droit n° 1).





Dimensions financières des partenariats public-privé













Financement de projet – gestion des risques

L'une des spécificités de la catégorie des contrats relevant du partenariat public-privé (DSP, CP, BEA, AOT, BEH) par rapport aux marchés publics réside dans le fait que le financement fait partie des missions confiées au partenaire privé et donc qu'il appartient à ce dernier de réunir les fonds nécessaires à l'exercice de ses missions sur la durée du contrat. La structuration financière du projet est donc au cœur du dispositif du partenariat public-privé.




Le financement prend en compte les spécificités du projet et son profil financier : en fonction notamment de la taille, les montages financiers pourront varier, à cadre contractuel constant. Pour être optimisée, la structuration financière doit refléter au mieux la répartition des risques économiques du projet. L'efficience de la structuration financière ne sera que le reflet de son adéquation aux spécificités du projet et de l'allocation des risques, réalisée sous contrainte contractuelle, comptable ou fiscale.

En conséquence, un schéma de financement innovant réalisé sur un certain type de projet n'est pas forcément adapté à des projets présentant des caractéristiques différentes.

De même, la structuration financière ne peut être finalisée que lorsque les conditions économiques et contractuelles sont figées, dans le cadre d'un échange itératif entre ces différents aspects du projet.

Il en résulte que la variété des montages financiers et des modes de financement des projets réalisés en partenariat public-privé est très grande.

Le financement par le marché des investissements publics est nécessairement plus coûteux que le recours à un financement public classique. Le coût et la structure du financement varient en effet en





fonction du degré de risque pris. C'est pourquoi l'analyse de la capacité du projet à générer une rémunération suffisante pour rembourser la dette et à organiser une gestion des risques optimale est au cœur du financement du projet.

Structuration financière et allocation des risques

L'identification des risques et leur allocation aux différents partenaires sont essentielles à la réussite d'une opération de partenariat public-privé. Un risque est un événement, un facteur ou une influence qui menace la bonne marche du projet en agissant sur les délais, les coûts ou la qualité des prestations réalisées.

Dans le cadre des contrats de partenariat public-privé, le principe est de répartir les risques entre ceux des partenaires qui sont les mieux à même de les assumer du point de vue technique, économique et financier. En effet, l'appréciation et le coût du risque varient en fonction de celui qui le porte. Cette appréciation des risques devra être réalisée au cas par cas en fonction des projets.



Le recensement et la répartition des risques se font à l'aide d'un outil spécifique – la matrice des risques – qui a vocation à recenser l'ensemble des risques selon les différentes phases du projet et de distinguer qui sera le porteur du risque (voir page 235 un exemple de matrice des risques simplifiée).



Cette allocation optimale des risques entre les différents partenaires devra être reflétée dans les contrats en prévoyant notamment des clauses contractuelles permettant d'inciter ou d'obliger les parties à respecter leurs engagements.

L'optimisation de la structuration financière à l'aide du modèle financier

La structure financière doit être dimensionnée afin d'être suffisamment robuste pour résister à des variations probables de ces différents facteurs de risques. On peut distinguer à ce titre deux grands types de projet :

– les projets générant des recettes tierces avec un potentiel de variation à la hausse comme à la baisse. La structuration financière devra être adaptée à la variabilité des revenus et prendre en compte le risque de volume sur les revenus (par exemple, cas des autoroutes à péages et cas de projet avec une part significative de recettes annexes) ;





Exemple de matrice de risques simplifiée à titre d'illustration

Risque	Porteur du risque		Commentaires
	Personne publique	Personne privée	
Période préliminaire			
Défaillance de la conception Modification du projet			
Période de développement et de construction			
Mauvaise estimation des coûts de construction Risque de retard à la livraison, retard dans les autorisations administratives Risque archéologique et géologique Défaillance technique d'un constructeur			Selon surcoûts et/ou retards
Période d'exploitation			
Risques de performance			
Défauts du partenaire privé ou de ses sous-traitants Incapacité/impossibilité à atteindre les standards de qualité fixés			Selon la cause
Risques sur les coûts d'exploitation			
Mauvaise estimation des coûts d'exploitation Modifications législatives et réglementaires spécifiques au secteur et non spécifiques au secteur Mauvaise estimation des revenus annexes			
Risque de déchéance et de fin anticipée de contrat			
Résiliation du fait de la personne publique Défaut du cocontractant privé Défaut de la personne publique			
Obsolescence de l'investissement			
Modification des spécifications technologiques			
Risques de valeur résiduelle (coûts de démantèlement)			
Risques d'assurance (prix, disponibilité)			
Risque financier : taux, change, inflation			
Force majeure et autre risques non assurables			







– les projets dont la rémunération provient essentiellement, ou exclusivement, de la collectivité publique. La structuration financière sera ajustée aux coûts réels et potentiels, dans un environnement contraint par l'existence d'un plafond de revenus, potentiellement impacté par l'existence de pénalités, pour mauvaise performance par exemple.

Parmi la variété des montages financiers des projets en partenariat public-privé, il est possible de distinguer deux grandes familles de montages : les montages en financement de projet et les montages alternatifs que sont le crédit-bail et les montages dérivés.

Le financement de projet est un mode de financement adossé aux revenus générés par le projet qui doivent permettre de rembourser la dette mise en place tout en procurant un rendement pour les investisseurs. Le financement est dit « sans recours » ou « à recours limité » sur les opérateurs participant à la réalisation du projet. La structuration financière repose sur la constitution d'une société de projet, titulaire du contrat avec la collectivité publique et qui réunit *via* des contrats les différentes compétences nécessaires : construction, exploitation et financement.

La structuration, en particulier dans le cas d'un montage avec société de projet, est élaborée à l'aide d'une modélisation financière. L'objectif du modèle financier est de développer une analyse précise à partir des coûts d'investissement, des revenus prévisionnels et du financement sur la durée du contrat. Ce modèle va permettre d'apprécier les critères de faisabilité financière et de « bancabilité » du projet à partir d'indicateurs d'analyse et de scénarios et de dimensionner les différentes sources de financement.

La structure financière du projet va être appréciée à partir de ratios clés permettant de mesurer la solidité financière du projet et en particulier :

– le rapport « dette sur fonds propres », qui mesure la part de capital et de dette dans le financement du coût du projet ;

– le ratio de couverture de la dette par les revenus du projet : DSCR (*Debt Service Cover Ratio*) qui mesure le rapport entre les revenus disponibles pour le service de la dette et le montant de l'annuité de l'emprunt.

Afin d'apprécier la robustesse de la structure financière, des tests de sensibilité sont réalisés sur quelques paramètres macroéconomiques pouvant faire varier les coûts et revenus du projet, par exemple :

– dépassement des coûts de construction ;

– hausse des coûts d'exploitation ;



– variation des taux d'intérêts ;

– variation de la demande (le trafic dans le cadre de DSP pour des péages autoroutiers par exemple).

Les sources de financement

Le choix des sources de financement est fonction de multiples critères tels que la taille du projet, sa complexité, le coût du financement, les garanties requises, leur souplesse d'utilisation, les conditions du marché financier…

Parmi les deux grandes familles de montages financiers identifiées (financement de projet et crédit-bail), il faut préciser que les montages en financement de projets sont réservés à des projets de taille significative (plus de 20 millions d'euros) et/ou à des projets complexes : en effet le recours à des sociétés de projet pose la question du coût des capitaux propres et des coûts de montages élevés et fixes. C'est pourquoi des formules de financement en crédit-bail ou location, voire des formules de financement « corporate », sont parfois mieux adaptées à des projets de taille moyenne ou petite.

Les principales sources de financement disponibles pour les contrats de partenariat public-privé sont les suivantes.

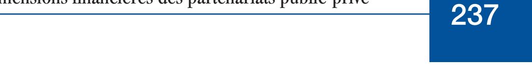
• **Les subventions**

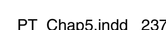
Rien ne s'oppose à ce que des subventions soient prises en compte dans le plan de financement global du projet, en complément des financements privés mobilisés. Il peut s'agir de subventions d'investissement ou de subventions d'exploitation. Les subventions dont bénéficie éventuellement le projet permettent de limiter le coût global du financement et donc le coût du projet pour la collectivité publique.

• **Le capital (cas des montages avec société de projet)**

Le capital social de la société de projet est déterminé en fonction du minimum requis par la législation, du niveau de risque, et de la taille et la nature du projet. Le capital a pour objet principal de couvrir les risques résiduels du projet qui ne relèveraient pas de l'un des partenaires privés cocontractant.

Participent au capital de la société de projet en général les constructeurs, l'exploitant, les financiers et des investisseurs tiers. Le capital peut également être apporté par des fonds d'investissement dont l'objet est d'investir en capital dans des projets. La répartition du









capital entre les différents actionnaires peut être guidée par des problématiques de déconsolidation : en effet, certains investisseurs ne souhaitent pas être majoritaires afin de ne pas consolider la dette et les résultats du projet dans leur compte.

Il convient de déterminer l'équilibre le plus approprié entre les fonds propres et les fonds d'emprunts afin de donner au projet le meilleur levier financier possible. Le taux de rendement interne (TRI) des fonds propres est constitué par les dividendes et représente la rémunération du capital mis à disposition de la société de projet.

• **La dette subordonnée (cas des montages avec société de projet)**

Cette dernière, accordée par les actionnaires ou des investisseurs tiers, ne sera remboursée qu'une fois le service de la dette senior honoré. C'est la raison pour laquelle cette dette subordonnée est considérée comme des quasi-fonds propres. En cas d'insuffisance de revenus, voire de faillite, une dette subordonnée correspond à une créance qui pourra le cas échéant n'être remboursée que si la trésorerie le permet. Pour ces raisons, la rémunération de la dette subordonnée est plus onéreuse que la dette senior mais moins coûteuse que le coût du capital.

• **La dette bancaire senior**



La majorité des projets sont financés en faisant appel au marché bancaire. La dette bancaire finançant le projet est dite « senior » car elle sera remboursée prioritairement aux autres catégories de financement que sont les dettes subordonnées et le capital.

La durée des prêts est adaptée à la durée des contrats et aménage une durée résiduelle après le remboursement prévu du crédit pour permettre un rééchelonnement de la dette en cas de difficulté de remboursement (« *tail* »). La rémunération du crédit bancaire prend la forme de commissions et d'une marge d'intérêt (le « *spread* »).

Le financement comporte généralement deux phases :

– une phase de construction ou de développement pendant laquelle l'emprunteur effectue des tirages sur le crédit au fur et à mesure de l'avancement des travaux pour faire face aux dépenses de construction ;

– une phase d'exploitation pendant laquelle l'emprunteur rembourse le crédit.

La structure de l'opération peut conduire les arrangeurs à mettre en place plusieurs lignes de crédit de nature différente. Par exemple, pour parer à des surcoûts de construction éventuels, on a souvent recours à une ligne de crédit appelée *crédit stand-by*.





• **La cession de créance – titrisation**

Les mécanismes de cession de créances et de titrisation permettent d'abaisser les coûts de financement. En effet dans le cadre du contrat, le partenaire privé détient une créance de redevance sur la collectivité publique sur la durée du contrat. La mise en place d'une cession de cette créance rendue irrévocable (mécanisme de cession Dailly acceptée ou cession de créance organisée par l'ordonnance sur le contrat de partenariat) au profit d'une banque permet de sécuriser le remboursement de la dette. Cette cession de créance ne prendra effet qu'après la mise en service du projet. Le coût de la dette sécurisée par cette cession de créance reflétera donc le risque public plus faible que le risque du projet. La titrisation vise à refinancer sur les marchés financiers les créances qui seraient issues de ces contrats de partenariat.

• **L'émission d'obligations garanties par un tiers**

Le recours au marché des obligations comme alternative au marché bancaire pour financer des projets se développe mais reste minoritaire. Il est particulièrement adapté à des projets de taille significative (plus de 100 millions d'euros) et de durée longue. Pour permettre un appel plus large à des investisseurs sur le marché financier, l'emprunt obligataire est généralement rehaussé par un assureur  crédit (« monoline ») qui apporte sa garantie à l'émission, pour lui  permettre d'atteindre les meilleures qualités de signature facilitant ainsi l'appréciation du risque par les investisseurs et l'obtention de conditions financières attractives.

• **Le crédit-bail**

Les financements par crédit-bail ou location, organisant un portage des actifs financés par le crédit-bailleur sont bien adaptés aux projets de PPP et en particulier aux projets de taille petite et moyenne. La société de crédit-bail ou de location fait construire les ouvrages ou acquiert les équipements et les met à disposition de la collectivité publique moyennant le paiement d'un loyer. Dans ce type de montage, la mise en place d'une convention tripartite entre la collectivité publique, le titulaire du contrat et les établissements financiers permet de clarifier les rôles de chacun et d'organiser le sort des biens en cas de fin du contrat.



Relations financières entre les parties aux contrats de PPP

Les contrats de partenariats public-privé dénommés encore montages contractuels complexes par une partie de la doctrine [218] ont pour caractéristiques essentielles de confier au cocontractant de l'administration une mission globale de **conception, et/ou de construction, et/ou d'exploitation, et/ou d'aménagement, et/ou d'entretien et/ou de maintenance** de l'ouvrage ou des équipements réalisés. L'on peut classer dans cette catégorie la délégation de service public [219], les contrats de partenariats issus de l'ordonnance du 17 juin 2004 [220], les conventions d'occupation du domaine public complexes telles le bail emphytéotique administratif [221], le bail emphytéotique hospitalier [222] ou les AOT constitutives de droits réels sur le domaine public de l'État [223], et les contrats de partenariats spécifiques issus de la LOPSI [224] et de la LOPJ [225].



Si la multiplicité des types de contrats de partenariats de nature administrative introduit une complexité dans le choix et la gestion de ces contrats et est source d'insécurité juridique [226], elle offre un véritable panel de solutions aux collectivités publiques pour faire financer des ouvrages collectifs par le secteur privé.

218. N. Symchowicz, *Droit public des montages contractuels complexes*, Imprimerie nationale, 2003.

219. Les conventions de délégations de service public sont régies par les dispositions de la « loi Sapin » n° 93-122 en date du 29 janvier 1993 et reprises aux articles L. 1411-1 et suivants du CGCT.

220. Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat (*JO* du 19 juin 2004, p. 10994).

221. Loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 repris aux articles L. 1311-2 du CGCT et suivants

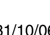
222. Ordonnance du 4 septembre 2003 complétée par la loi du 9 août 2004.

223. Loi n° 94-631 complétant le Code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public.

224. Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure.

225. Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice.

226. Voir F. Brenet, « Contrats domaniaux et contrats de partenariat », *Contrats publics*, n° 54, avril 2006, p. 42.





Le choix du type de contrat par la personne publique est alors essentiellement guidé par son objet, par la répartition des risques et par le mode de rémunération du cocontractant.

Délégation de service public et rémunération

La délégation de service public est définie à l'article L. 1411-1 du CGCT comme un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service.

Pour être en présence d'une délégation de service public, deux critères fondamentaux doivent donc êtres réunis. Nous devons être en présence d'une activité de service public [227] dont l'exploitation ou la gestion est véritablement transférée au délégataire [228] et il faut que la rémunération du délégataire soit substantiellement liée aux résultats de l'exploitation. Selon l'analyse économique, il convient qu'il existe un résultat de l'exploitation conséquence d'un transfert de responsabilités de gestion et donc de risques (une responsabilité de gestion sans risque n'est pas une responsabilité).

Dès lors, le mode de rémunération du cocontractant est l'un des critères de définition d'une délégation de service public. Le Conseil d'État l'a rappelé en terme de principe à l'occasion du désormais fameux arrêt *Préfet des Bouches-du-Rhône* en date du 15 avril 1996 [229]. En l'espèce, un contrat avait été conclu entre la commune de Lambesc et la société Silim environnement confiant à ladite entreprise le soin d'assurer la collecte et l'évacuation des ordures ménagères de la commune ainsi que la gestion de la décharge municipale, la rémunération de l'entreprise étant assurée au moyen du paiement d'un prix par la commune de Lambesc. Le Conseil d'État a considéré que le contrat litigieux devait être qualifié de marché public et non pas de délégation de service public, le cocontractant étant rémunéré par le paiement d'un prix par la collectivité.

227. TC, 10 juillet 1956, *Société des steeple-chases de France*, Rec. p. 587.

228. CAA, Marseille, 20 juin 1999, *Commune de Toulon*, Req. n° 98MA01735.

229. CE, 15 avril 1996, *Commune de Lambesc*, Req. n° 168325, Dr. Adm., 1996, comm. n° 355.





Le Conseil d'État a par la suite précisé ce qu'il considérait comme étant constitutif d'une rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation par le biais de l'arrêt *SMITOM* (CE, 30 juin 1999 [230]). En l'occurrence le SMITOM avait passé un contrat avec la société CIDEM lui confiant l'exploitation des éléments d'une filière de traitement des déchets ménagers et assimilés. La rémunération du cocontractant du SMITOM était composée de deux parties :

– un prix payé par le SMITOM pour le traitement des déchets collectés auprès des adhérents de celui-ci ;

– une partie variable provenant des recettes d'exploitation liées au traitement des déchets collectés auprès d'autres usagers que les adhérents du SMITOM, de la vente de l'énergie produite et des éventuelles recettes supplémentaires liées aux performances réalisées dans le traitement des déchets collectés.

Dans ce cas précis la partie variable de la rémunération du cocontractant s'élevait à 30 % de l'ensemble des recettes perçues. Dans ces conditions, il a été considéré que la rémunération prévue pour le cocontractant du SMITOM était substantiellement assurée par le résultat de l'exploitation du service et que le contrat en question devait être considéré comme constitutif d'une délégation de service public.



La Cour administrative d'appel de Marseille dans un arrêt en date du 5 mars 2001 *Département du Var* [231] a précisé ce que l'on devait entendre par « rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation », à propos de conventions d'exploitation avec aide financière de lignes routières interurbaines interdépartementales où la rémunération du cocontractant est composée :

– des redevances perçues sur les usagers ;

– et d'une aide égale à 90 % de la différence entre le montant des charges actualisées figurant dans l'acte d'engagement et le montant des recettes perçu par l'exploitant (en la circonstance le résultat de l'exploitation est négatif).

La Cour a considéré que la rémunération du cocontractant est dans ce cas substantiellement assurée par le résultat de l'exploitation du service et que, dès lors, le contrat envisagé doit être regardé non comme un marché public mais comme une délégation de service public.

230. CE, *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre-ouest seine-et-marnais*, Req. n° 1999-198147, Dr. Adm., 1999, comm. n° 246.

231. CAA, Marseille, 5 mars 2001, *Département du Var*, Req. n° 99 MA 01751.



Il résulte de cette jurisprudence que si certes, la rémunération du cocontractant de l'administration doit être substantiellement tirée des résultats de l'exploitation du service, en revanche rien n'interdit une rémunération mixte qui comprend une part fixe payée sous la forme d'un prix par la collectivité et une part variable provenant des redevances perçues sur les usagers et donc liée à l'exploitation du service. Économiquement, c'est la différence entre les recettes tirées de l'exploitation du service, les coûts et d'autres éléments éventuels qui est le résultat de l'exploitation.

Pour déterminer le seuil qui permet de considérer que la rémunération est, ou non, substantiellement liée aux résultats de l'exploitation, il convient de prendre en considération la situation économique et financière de l'activité déléguée. En effet, certaines activités de service public sont par nature déficitaires, c'est le cas le plus souvent des activités de transports, de la collecte et du traitement des déchets, d'exploitation d'équipements sportifs ou culturels, contrairement à d'autres qui sont par nature bénéficiaires c'est le cas notamment des activités de distribution d'eau, des parcs de stationnement ou des équipements touristiques.

L'on sait, en outre, que dans tout compte d'exploitation il y a des charges et des produits et que l'on fait généralement une distinction entre les charges d'investissements (X) et les charges de fonctionnement (Y) et entre les produits (X'). À partir de ce constat, et après analyse de la situation économique et financière de l'activité de service public que l'on souhaite déléguer nous pouvons rencontrer trois situations :

– la situation déficitaire ;

– la situation de petit équilibre ;

– la situation de grand équilibre.

Il y a situation déficitaire lorsque les produits n'arrivent pas à couvrir les charges de fonctionnement et d'investissement.

Il y a situation de petit équilibre lorsque les produits couvrent la totalité des charges de fonctionnement mais pas d'investissement.

Il y a situation de grand équilibre lorsque les produits couvrent à la fois les charges de fonctionnement et d'investissement.

Déficit	Petit équilibre	Grand équilibre
$(X + Y) > X'$	$Y = X' < (X + Y)$	$(X + Y) = X'$





Si l'activité que l'on souhaite déléguer peut atteindre le grand équilibre en transférant les risques de l'exploitation sur le cocontractant délégataire, la collectivité pourra limiter en conséquence la part de la rémunération du délégataire, voire l'annuler. En revanche, si l'on se trouve en présence d'une situation de petit équilibre ou de déficit, la collectivité délégante a alors la possibilité de soutenir financièrement le cocontractant délégataire pour autant que la rémunération du cocontractant reste substantiellement liée aux résultats de l'exploitation. C'est dans les deux derniers cas que la rémunération du cocontractant délégataire pourra être mixte et comprendre une part fixe constituée par le paiement d'un prix de la part de l'autorité délégante et une part variable constituée des redevances payées par les usagers dans le cadre de l'exploitation du service, sachant que s'il y a situation de petit équilibre la collectivité ne pourra soutenir financièrement son délégataire qu'au titre des charges d'investissement, alors que si il y a situation de déficit la collectivité pourra soutenir financièrement son délégataire tant au titre des charges d'investissement qu'au titre des charges de fonctionnement.

Ainsi, préalablement à toute procédure de passation d'un contrat de délégation de service public, l'autorité concédante doit procéder à une analyse financière et économique de l'activité qu'elle souhaite déléguer, afin de déterminer le niveau de risque à transférer au délégataire et par suite les modalités de rémunération de ce dernier.




S'agissant plus spécifiquement des SPIC, le CGCT en son article L. 2224-1 énonce que les budgets des services publics industriels et commerciaux exploités en régie, affermés ou concédés par des communes doivent être équilibrés en recettes et en dépenses. Il résulte de cette obligation que l'exploitant de l'activité de SPIC doit établir un budget « annexe » pour retracer les dépenses et les recettes de fonctionnement et d'investissement.

C'est sur la base de ce budget annexe que l'autorité concédante est en mesure d'établir si l'activité en cause est en situation de déficit de petit équilibre ou de grand équilibre et déterminer la part de risque à transférer au futur délégataire.

En outre, l'article L. 2224-2 du CGCT précise que les communes ont par principe interdiction de prendre à leur charge dans leur budget propre, des dépenses afférentes aux SPIC sauf lorsque des contraintes particulières de fonctionnement en raison des exigences du service sont imposées ou lorsque le fonctionnement du service exige la réalisation d'investissements qui, en raison de leur importance et eu égard au nombre d'usagers, ne peuvent être financés sans une augmentation excessive des tarifs. Dès lors cette disposition permet aux communes de pouvoir intervenir financièrement et par exception pour la prise en charge de certaines dépenses afférentes à la gestion des services publics locaux.



Contrat de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004 et rémunération

Contrat de partenariat et rémunération du cocontractant

Le mode de rémunération du cocontractant de l'administration titulaire d'un contrat de partenariat au sens de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 est déterminé par l'article 1 alinéa 4 de l'ordonnance.

Aux termes de l'article 1 alinéa 4 repris à l'article L 1414-1 alinéa 1 du CGCT : « *La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant (notamment la qualité des prestations de services, la qualité des ouvrages et équipements, les conditions dans lesquelles ils sont mis à la disposition de la personne publique, et, le cas échéant, leur niveau de fréquentation).* »

Il en résulte que le contrat de partenariat est un moyen pour les personnes morales de droit public de faire réaliser et financer par des personnes privées des ouvrages ou équipements nécessaires à la réalisation d'une mission de service public, tout en étalant le paiement du prix desdits ouvrages ou équipements tout au long de la durée d'exécution du contrat. Le contrat de partenariat, à la différence des marchés publics, permet en effet aux personnes morales de droit public de recourir au paiement différé [232].

Dès lors que nous avons établi que le cocontractant de l'administration titulaire du contrat de partenariat, est rémunéré sous la forme d'un prix payé par l'administration à son cocontractant, il convient de déterminer les critères de calcul du montant de la rémunération.

Contrat de partenariat et montant de la rémunération du cocontractant

S'agissant du montant même de la rémunération du cocontractant, il doit être tenu compte des amortissements et des autres modalités de financement retenues pour la réalisation de l'opération en cause.

232. Pour l'interdiction du paiement différé dans le cadre des marchés publics voir article 94 du CMP : « *Est interdite l'insertion dans un marché de toute clause de paiement différé.* »



À ce titre, pour permettre de calculer le montant de la rémunération doit figurer dans le contrat des clauses permettant :

– de distinguer les coûts d'investissement, de fonctionnement et de financement de l'opération qui sont à la charge du cocontractant ;

– de faire apparaître les recettes que le cocontractant peut être autorisé à se procurer en exploitant les ouvrages ou équipements pour répondre à d'autres besoins que ceux de la personne publique contractante ;

– de faire apparaître les motifs et modalités de variation de la rémunération pendant la durée du contrat et les modalités de paiement, notamment les conditions dans lesquelles, chaque année, les sommes dues par la personne publique à son cocontractant et celles dont celui-ci est redevable au titre de pénalités ou de sanctions font l'objet d'une compensation [233]. À ce titre, l'article 28 de l'ordonnance du 17 juin 2004 indique qu'en cas de cession d'une créance détenue sur une personne publique par le titulaire d'un contrat de partenariat, ce contrat peut prévoir que, pour une part de la créance cédée représentant une fraction du coût des investissements, les dispositions des articles L. 313-28 et L. 313-29 du Code monétaire et financier ne sont pas applicables. Dans ce cas, le contrat prévoit que la part de la créance est, après constatation par la personne publique contractante que les investissements ont été réalisés, définitivement acquise au cessionnaire, sans pouvoir être affectée par aucune compensation. Le titulaire du contrat est tenu de se libérer auprès de la personne publique contractante des dettes dont il peut être redevable à son égard du fait de manquements à ses obligations contractuelles et, notamment, du fait des pénalités qui ont pu lui être infligées ; l'opposition à l'état exécutoire émis par la personne publique n'a pas d'effet suspensif dans la limite du montant ayant fait l'objet de la garantie au profit du cessionnaire.





Conventions d'occupation du domaine public et rémunération

Définition du domaine public

Les personnes publiques, au même titre que les personnes privées, disposent d'un patrimoine mobilier et immobilier. Ce patrimoine, propriété d'une personne morale de droit public, va en fonction

233. Voir article 11 d) de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004.



de son affectation relever soit de leur domaine privé, soit de leur domaine public.

Relèvent du domaine public, les biens appartenant à des personnes publiques et qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public [234]. Font également partie du domaine public, les biens appartenant à des personnes publiques et qui, concourant à l'utilisation d'un bien appartenant au domaine public, en constituent un accessoire indissociable.

Que ce soit pour permettre les activités privées de l'occupant ou pour satisfaire l'intérêt général ou encore pour obtenir la construction d'ouvrages nécessaires à l'exécution d'une mission de service public, les administrations sont amenées à autoriser l'occupation privative de dépendances du domaine public. Se pose alors la question du mode de rémunération pour occupation du domaine public de l'administration propriétaire du domaine, et du cocontractant lorsque ce dernier est chargé de construire des ouvrages à vocation publique sur le domaine public.

La rémunération de l'administration : la redevance pour occupation du domaine public

L'occupation du domaine public par une personne privée est traditionnellement considérée comme octroyant un avantage particulier pour l'occupant. Pour cette raison, toute occupation privative du domaine public est par principe subordonnée au paiement d'une redevance [235]. Ce principe figure désormais a l'article L 2125-1 du Code général de la propriété des personnes publiques [236].

Pour autant dans certaines hypothèses particulières, l'occupation privative du domaine public peut être gratuite lorsque :

– l'occupation ou l'utilisation est la condition naturelle et forcée de l'exécution de travaux ou de la présence d'un ouvrage, intéressant un service public qui bénéficie gratuitement à tous ;

234. Voir article L. 2111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques, issu de l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006.

235. CE, 28 juillet 1999, *Cofiroute*, BJDCP n° 8, janvier 2000, p. 72.

236. Article L. 2125-1 du Code général de la propriété des personnes publiques, issu de l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006.



– l'occupation ou l'utilisation contribue directement à assurer la conservation du domaine public lui-même [237].

Par ailleurs, les communes ou leurs groupements qui gèrent eux-mêmes leur service d'eau potable ou d'assainissement sont exonérés de toute redevance qui serait due en raison de l'occupation du domaine public de l'État par leurs canalisations ou réservoirs [238].

Montant de la redevance pour occupation du domaine public

Pour déterminer le montant de la redevance due pour occupation du domaine public, il doit être tenu compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation [239]. Il en résulte que la redevance imposée à un occupant du domaine public doit, d'une part, être calculée en fonction de la valeur locative d'une propriété privée comparable à la dépendance du domaine public pour laquelle la permission est délivrée et, d'autre part, en fonction de l'avantage spécifique que constitue le fait d'être autorisé à jouir d'une façon privative du domaine public. Doivent être pris en compte dans le calcul du montant de la redevance le chiffre d'affaires et les bénéfices dont l'occupation du domaine doit permettre la réalisation [240].



En ce qui concerne plus spécifiquement la fixation du montant de la redevance dans le cadre d'un bail emphytéotique administratif, aucun texte spécifique n'indique les modalités de calcul. Pour autant, la jurisprudence est venue préciser que le principe de la libre fixation du loyer n'est tempéré que par l'obligation pour la collectivité territoriale de ne pas concéder d'avantages exorbitants au cocontractant et de ne pas mettre à la disposition de personnes privées des équipements financés par la collectivité [241]. Précisons que la valorisation des dépendances domaniales doit être le guide pour fixer la part de rémunération qui peut être due à la collectivité propriétaire du domaine public concerné.

237. Article L. 2125-1 du Code général de la propriété des personnes publiques, issu de l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006.

238. Article L. 2125-2 du Code général de la propriété des personnes publiques, issu de l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006.

239. Article L. 2125-3 du Code général de la propriété des personnes publiques, issu de l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006.

240. CE, 12 décembre 1923, *Peysson*, Rec. p. 826 et CE, 10 février 1978, *Ministre de l'Économie et des Finances c/Scudier*, Rec. p. 66.

241. CE, 6 avril 1998, *Communauté urbaine de Lyon*, Req. n° 151752.



Paiement de la redevance pour occupation du domaine public

La redevance d'occupation domaniale doit être payée annuellement et par avance. Pour autant et sous respect des conditions fixées par arrêté ministériel, l'occupant privatif du domaine public peut, à raison du montant ou du mode de détermination de la redevance, être autorisé à se libérer par le versement d'acomptes ou à se libérer par le versement de la redevance due soit pour toute la durée de l'autorisation si cette durée n'excède pas cinq ans, soit pour une période quinquennale dans le cas contraire [242].

Au cas ou l'occupant privatif du domaine public paie avec retard la redevance due pour occupation du domaine public, la somme restant due doit être majorée d'intérêts moratoires au taux légal [243].

Dans l'hypothèse où l'administration met fin avant le terme prévu à la convention d'occupation privative du domaine public, hors le cas de l'inexécution de ses clauses et conditions, la partie de la redevance versée d'avance et correspondant à la période restant à courir est restituée au titulaire [244].

Mis à part le cas des conventions d'occupation du domaine public dites simples, il existe ce que l'on appelle aussi des conventions d'occupation du domaine public dites complexes, où l'occupant privatif du domaine public, outre le fait qu'il va occuper le domaine public, va construire des ouvrages nécessaires aux besoins des administrations ou à une mission de service public ou a une opération d'intérêt général dans le cadre d'un BEA. Se pose alors la question du mode de rémunération du cocontractant.

La rémunération du cocontractant de l'administration : le cas du BEA, BEH, AOT, LOPSI, LOPJ

Dans le cas des conventions d'occupations domaniales dites complexes, l'objet principal de la convention n'est pas l'occupation du domaine public en tant que telle, mais la **conception, la construction, l'aménagement, l'entretien, l'exploitation ou la maintenance**

242. Article L. 2125-4 du Code général de la propriété des personnes publiques, issu de l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006.

243. Article L. 2125-5 du Code général de la propriété des personnes publiques, issu de l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006.

244. Article L. 2125-6 du Code général de la propriété des personnes publiques, issu de l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006.







d'ouvrages sur le domaine public. L'on se trouve en présence de ce que l'on peut appeler des contrats globaux [245].

Dans un tel cas, les occupants privatifs du domaine public sont certes soumis au paiement d'une redevance pour occupation privative du domaine dans les conditions définies précédemment, mais se pose en l'espèce la question de la rémunération par l'administration du cocontractant pour la réalisation et l'exploitation des ouvrages qui reviendront *in fine* à l'administration contractante.

Finalité du BEA-AOT

La finalité du BEA et de l'AOT est de permettre aux collectivités territoriales et à l'État de confier la construction, l'entretien et le financement d'ouvrages à des personnes privées tout en échelonnant le paiement de l'ouvrage non pas tout au long de la durée des travaux, mais tout au long de la durée d'exécution du bail [246]. Il revient donc à la personne titulaire du BEA ou de l'AOT et non pas à l'administration bailleresse de trouver les ressources financières nécessaires à la construction de l'ouvrage. Si l'administration n'a pas à se préoccuper de trouver les ressources financières nécessaires au paiement direct des ouvrages réalisés dans le cadre d'un BEA ou d'une AOT, se pose en revanche la question du mode de rémunération de l'emphytéote par l'administration.

S'agissant de la question de la rémunération de l'emphytéote, il convient de distinguer lorsque le bail est passé par une collectivité territoriale en vue de la réalisation d'une mission de service public ou en vue d'une opération d'intérêt général. En revanche, s'agissant des AOT délivrées par l'État, la loi du 25 juillet 1994 n'a pas opéré de distinction selon que l'opération est ou non réalisée en vue de l'accomplissement d'une mission de service public ou d'une opération d'intérêt général. Cependant en ce qui concerne la question de la rémunération du cocontractant de l'État titulaire d'une AOT constitutive de droits réels, il convient également d'appliquer la distinction selon que l'autorisation est confiée en vue de la réalisation d'une mission de service public ou en vue d'une opération d'intérêt général.

245. F. Brenet, « Contrats domaniaux et contrats de partenariat », *Contrats publics*, n° 54, p. 44. P. Van de Vyver et A. Bréville, « Observations autour du contrat de partenariat comportant occupation du domaine public », *Contrats publics*, n° 54, p. 47.

246. L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, 4e édition LGDG, Point 551, p. 387.





Rémunération de l'emphytéote et opération d'intérêt général

Les collectivités territoriales, par souci d'économie et de bonne gestion des deniers publics, ont pris pour habitude de recourir à la technique du bail emphytéotique administratif en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général pour mener à bien des opérations immobilières répondant la plupart du temps à leurs propres besoins [247].

Dans un tel cas, l'emphytéote, considéré comme maître de l'ouvrage, est chargé de la construction d'ouvrages sur des dépendances du domaine public et est considéré comme propriétaire des ouvrages pendant toute la durée du bail. La particularité du BEA est de confier des droits réels à l'emphytéote quand bien même les ouvrages réalisés dans le cadre du bail se situent sur le domaine public [248]. Par suite, l'emphytéote va mettre l'ouvrage à la disposition de la collectivité tout au long de la durée du contrat par le biais d'un contrat de location.

La rémunération de l'emphytéote est alors constituée par le montant des loyers que l'administration bailleresse va acquitter tout au long de la durée de la convention du bail au titre de la location des ouvrages construits par l'emphytéote et mis à la disposition de la collectivité [249].

247. TA, Lille, 17 décembre 1992, *Joseph Lecomte*, Req. n° 92882, CJEG, 1994, p. 589. CE, 25 février 1994, *SA Sofap Marignan Immobilier*, Dr. Adm., 1994, comm. n° 198.

248. À cet égard nous tenons à préciser que depuis la parution du Code général de la propriété publique les autorisations d'occupations privatives du domaine public confèrent à leurs titulaires, sauf stipulation contraire, des droits réels (article L. 2122-6 pour le domaine public de l'État) « *Le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public de l'État a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre. Ce droit réel confère à son titulaire, pour la durée de l'autorisation et dans les conditions et les limites précisées dans le présent paragraphe, les prérogatives et obligations du propriétaire. Le titre fixe la durée de l'autorisation, en fonction de la nature de l'activité et de celle des ouvrages autorisés, et compte tenu de l'importance de ces derniers, sans pouvoir excéder soixante-dix ans* ». (Article L. 2122-20 pour les collectivités territoriales)
« *Les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics peuvent :*
1 – Soit conclure sur leur domaine public un bail emphytéotique administratif dans les conditions déterminées par les articles L. 1311-2 à L. 1311-4-1 du Code général des collectivités territoriales ;
2 – Soit délivrer des autorisations d'occupation constitutives de droit réel dans les conditions déterminées par les articles L. 1311-5 à L. 1311-8 du Code général des collectivités territoriales ». Dès lors la question de la compatibilité de la constitution de droits réels sur le domaine public n'a plus lieu d'être.

249. Voir E. Fatôme et L. Richer, « Contrat de partenariat immobilier : réalisation, paiement te statut des équipements et ouvrages », *Contrats publics*, n° 36, septembre 2004, p. 24. Voir F. Brenet, « Contrats domaniaux et contrats de partenariat », *Contrats publics*, n° 54, avril 2006, p. 44.









À l'expiration du BEA, la collectivité devient propriétaire des ouvrages. Les ouvrages sont :

– soit remis gratuitement à la collectivité si le montant des loyers versés par la collectivité bailleresse à l'emphytéote tout au long de la durée de la convention a permis à ce dernier d'amortir ses investissements ;

– soit remis à la collectivité après levée de l'option d'achat [250]. La location avec option d'achat consiste lors de la levée de l'option ou conclusion de la vente à déduire totalement ou partiellement du prix de vente de l'ouvrage le montant de la part investissements des loyers déjà versés par l'administration bailleresse [251].

Rémunération de l'emphytéote et mission de service public

Il est des cas où le bail emphytéotique administratif est conclu en vu de l'accomplissement d'une mission de service public. Dans une telle hypothèse, l'occupation du domaine public par l'emphytéote va servir de support à l'exercice d'une activité ou mission de service public.



Si de part son objet ou son contenu le bail emphytéotique confie à l'emphytéote la gestion d'un service public [252] et s'il répond aux critères de définition d'une délégation de service public, le BEA est alors susceptible d'être considéré comme tel [253].

Dès lors et par définition, la rémunération de l'emphytéote doit nécessairement être tirée substantiellement des résultats de l'exploitation. En effet, aux termes de l'article L. 1411-1 du CGCT, constitue une délégation de service public un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service.

250. Voir J.-M. Peyrical, « Conciliation entre crédit-bail et domaine public : un débat toujours d'actualité ? », in *Contrats publics*, n° 54, avril 2006, p. 38.

251. Voir Avis CE n° 356960 du 31 janvier 1995. *Rapport public*, Conseil d'État, 1995, p. 407.

252. Voir un cas où la mission confiée à l'emphytéote n'a pas été considérée comme une gestion d'un service public. CAA, Marseille, 5 février 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes*, BJDCP, n° 20, janvier 2002, p. 54.

253. Avis CE, Section sociale, n° 356101, 16 juin 1994. EDCE n° 47. *Rapport public 1995*, p. 367.



Dès lors qu'un BEA conclu en vue de la réalisation d'une mission de service public confie la gestion d'un service public à l'emphytéote et si la rémunération de ce dernier est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation, le BEA sera alors considéré comme étant constitutif d'une délégation de service public soumise aux règles issues de la « loi Sapin » en date du 29 janvier 1993. Pour des raisons d'ordre pratique, le mode de rémunération du cocontractant de l'administration titulaire d'un BEA couplé à une délégation de service publié sera étudié en même temps que le mode de rémunération du cocontractant titulaire d'une DSP.

Rémunération du cocontractant et BEAH

Les conditions dans lesquelles un bail emphytéotique administratif hospitalier peut être conclu sont les mêmes que celles applicables au BEA passé par les collectivités territoriales et régies par les articles L. 1311-2 et suivants du CGCT [254]. Il en résulte notamment qu'un BEAH ne peut être conclu qu'en vue de la réalisation d'une mission de service public ou pour la réalisation d'une opération d'intérêt général.

Par conséquent, le mode de rémunération du cocontractant d'un établissement public de santé ou d'une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale titulaire d'un bail emphytéotique administratif hospitalier est le même que celui applicables au bail emphytéotique administratif ci-dessus évoqué.

Rémunération du cocontractant et montages issus de la LOPSI et de la LOPJ

Dans le cadre de la LOPSI, LOPJ, il a été ouvert la faculté de recourir à la technique du crédit bail.

Concrètement, le recours à la technique du crédit-bail avec option d'achat va faire intervenir trois entités que sont la collectivité publique, le titulaire du BEA ou de l'AOT et un établissement financier. En effet, l'entreprise titulaire du BEA/AOT construit un ouvrage qui est mis à la disposition de la collectivité publique moyennant le paiement de loyer. Se pose alors la question du financement dudit ouvrage.

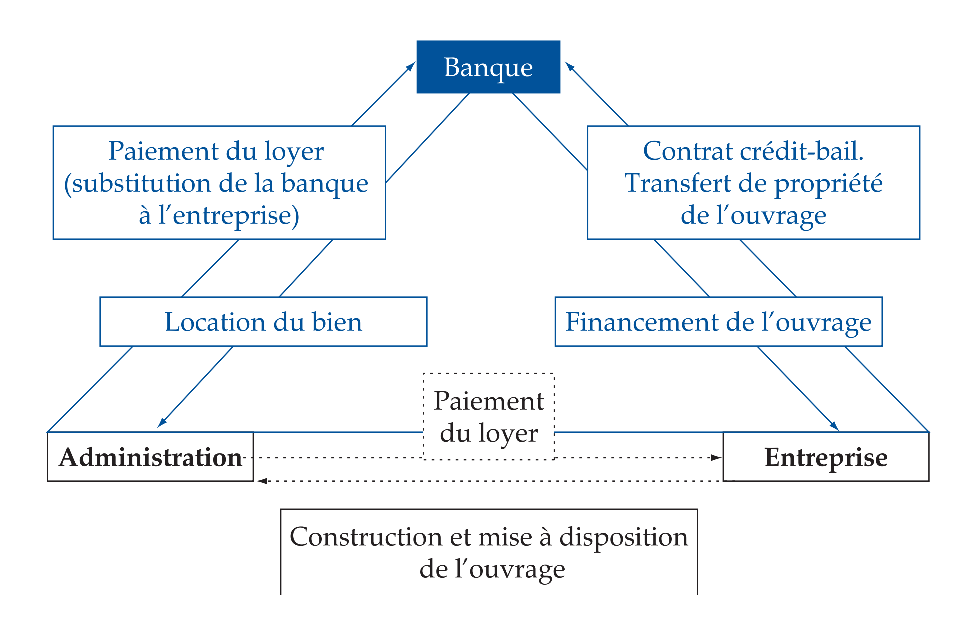
L'entreprise titulaire du BEA/AOT va, la plupart du temps, avoir besoin de recourir à un établissement financier pour avoir la surface financière nécessaire à la réalisation de l'ouvrage et par conséquent

254. Voir les articles L. 1311-2 à L. 1311-5 du CGCT.



conclure un contrat de crédit bail qui aura pour conséquence de transférer la propriété de l'ouvrage à ce dernier.

Une convention tripartie devra alors nécessairement être signée entre la collectivité publique, le titulaire du BEA/AOT et la banque, convention par laquelle la banque se substituera à l'entreprise pour louer le bien à la collectivité.






Dès lors, c'est l'administration qui rémunérera son cocontractant (ici la banque), par le versement de loyers tout au long de la durée de la convention [255]. Aux termes de l'article 4 du décret du 6 janvier 2004 [256] Le montant du loyer doit être fixé en fonction du montant de l'investissement consenti par le bailleur et du mode de financement de l'opération et comprend une part correspondant à l'amortissement du capital investi. Il tient également compte, le cas échéant, des prestations de services d'entretien et de maintenance des bâtiments et installations qui devront être assurées par le bailleur.

255. Sur la question du recours au crédit-bail pour le financement d'équipements collectifs sur le domaine public voir article « Conciliation entre crédit-bail et domaine public : un débat toujours d'actualité ? », J.-M. Peyrical, *Contrats publics*, n° 54, avril 2006, p. 38.

256. Voir décret n° 2004-18 du 6 janvier 2004 pris pour l'application de l'article L. 34-3-1 du Code du domaine de l'État, *JO* n° 6 du 8 janvier 2004, p. 689.



À l'époque, ces dispositions avaient fait couler beaucoup d'encre en tant qu'elles dérogeaient, d'une part, aux principes de la commande publique qui interdit le paiement échelonné pour les marchés publics, et aux principes de la domanialité publique et notamment aux principes d'imprescriptibilité et d'inaliénabilité du domaine public.

Nous pouvons d'ores et déjà indiquer que les contrats conclus sur la base de la LOPSI et de la LOPJ sont, de part la volonté du législateur, considérés comme n'étant pas des marchés publics et échappent de ce fait à l'interdiction du paiement échelonné. Quant aux principes de la domanialité publique [257], le nouveau Code de la propriété publique énonce désormais que, par principe et sauf stipulation contraire, les autorisations d'occupation du domaine public octroyées tant par l'État que par les collectivités territoriales confèrent des droits réels à leur titulaire.





257. Voir décision du Conseil constitutionnel, 2003-473 DC, en date du 26 juin 2003.



Équilibre financier

S'il est un terme auquel la jurisprudence relative aux délégations de service public fait fréquemment allusion, c'est celui de l'équilibre financier.

Par équilibre financier, il faut entendre que les dépenses d'une activité de service public doivent être couvertes par des recettes d'exploitation. C'est un principe de bonne gestion qui recouvre en fait différentes réalités juridiques qui forment le fondement de contentieux qui ne sont pas négligeables.

Ce concept recouvre une réalité assez complexe.

L'équilibre financier du service

La distinction entre SPA et SPIC

Le droit introduit une différenciation entre les services publics à caractère administratif et les services publics à caractère industriel et commercial.





Les services publics à caractère administratif sont principalement financés par l'impôt, les recettes d'exploitation étant davantage des recettes en réduction de charges que des recettes d'exploitation proprement dites. Cela signifie que l'équilibre financier se construit principalement par des ressources à caractère fiscal, le cas échéant par des ressources à caractère non fiscal et, qu'au fond, il n'y a pas d'inconvénient à mêler les comptes des services publics à caractère administratif dans l'ensemble des comptes de la collectivité qui en a la charge, même si les principes de gestion appellent à la constitution de comptabilités séparées.

L'équilibre financier des SPIC

Pour les services publics à caractère industriel et commercial, la question se pose en des termes différents. Le service public à caractère industriel et commercial est normalement financé par des recettes d'exploitation, c'est-à-dire des recettes perçues auprès des usagers des services publics, les contributions à caractère fiscal ayant un caractère accessoire. Pour les services publics à caractère industriel et commercial exploités par l'État, il s'agit d'un principe général, mais qui ne s'accompagne d'aucune exigence légale.



Pour les services publics à caractère industriel et commercial exploités par les collectivités territoriales, le principe de l'équilibre financier est posé par les articles L. 2224.1, L. 2224.2 et L. 2224.4 du Code général des collectivités territoriales (CGCT) qui exposent.

Article L. 2224.1 :

« Les budgets des services publics à caractère industriel et commercial exploités en régie, affermés ou concédés par les communes, doivent être équilibrés en recettes et en dépenses ».

Article L. 2224.2 :

« Il est interdit aux communes de prendre en charge dans leur budget propre des dépenses au titre des services publics visés à l'article L 2224.1.

Toutefois, le conseil municipal peut décider une telle prise en charge lorsque celle-ci est justifiée par l'une des trois raisons suivantes :

1 – lorsque les exigences du service public conduisent la collectivité à imposer des contraintes particulières de fonctionnement ;

2 – lorsque le fonctionnement du service public exige la réalisation d'investissements qui, en raison de leur importance et eu égard au nombre d'usagers, ne peuvent être financés sans augmentation excessive des tarifs ;

3 – lorsque, après la période de réglementation des prix, la suppression de toute prise en charge par le budget de la commune aurait pour conséquence une hausse excessive des tarifs ».



Article L. 2224.4 :

« Les délibérations ou décisions des conseils municipaux ou des autorités locales compétentes qui comportent augmentation des dépenses des services publics industriels ou commerciaux exploités en régie, affermés ou concédés, ne peuvent être mises en application lorsqu'elles ne sont pas accompagnées du vote de recettes correspondantes ».

Cette définition légale soulève de nombreuses interrogations.

• Ces interrogations ont d'abord trait aux dérogations qu'elle autorise.

Le 1 de l'article L. 2224.1 du CGCT est formulé en des termes suffisamment larges pour permettre à des collectivités de financer des services publics à caractère industriel et commercial, sous réserve d'en apporter une justification au titre des contraintes de fonctionnement. Cette liberté est heureuse car il existe des services publics dont le caractère industriel et commercial n'est pas contesté, mais qui sont pourtant structurellement déficitaires. Le secteur culturel forme un bon exemple de ce type d'activité.

Au-delà de cela, se pose le problème de l'affectation de subventions ou de recettes non d'exploitation à certaines catégories de services.

Dans le premier cas, il existe tout un ensemble de services publics qui sont susceptibles de faire l'objet de subventions, le plus souvent







des subventions d'équipement, et qui ont un caractère industriel et commercial. Les crédits européens, certains crédits d'État, sont plus souvent destinés à ce type d'activité. On doit alors considérer que le versement des subventions est possible en dépit de la règle précitée.

Selon le ministre de l'Intérieur, l'interdiction de subvention ne concerne que les coûts de fonctionnement. Il en va différemment des dépenses d'investissement qui peuvent faire l'objet d'une subvention ou d'une prise en charge (rep. min. n° 10177, *JOAN*, 11 avril 1994, p. 1789, qui se réfère implicitement au 2° du deuxième alinéa de l'article L. 2224.4).

Pour certaines catégories de services, il existe des recettes affectées qui ont un caractère spécifique. C'est par exemple le cas du versement transport, destiné au réseau de transports en commun, qui est une contribution à caractère fiscal et qui est pourtant affectée au réseau de transports en commun qui sont des activités de service public à caractère industriel et commercial, mais structurellement déficitaires.

Dans la pratique, ainsi, le principe de l'équilibre financier des services publics à caractère industriel et commercial connaît un certain nombre de tempéraments.



En droit communautaire, les SPIC sont soumis au respect des règles de la concurrence (article 86 § 1 du TUE) dans la mesure où l'application de ces règles ne fait pas échec en droit ou en fait à la mission qui leur a été impartie (article 86 § 2 du TUE).

À ce titre, les SPIC sont soumis au principe d'incompatibilité des aides d'État avec le marché commun (article 87 § 1 du TUE), excepté dans l'hypothèse où l'on se trouverait être en présence d'une compensation pour obligation de service public, dont les critères ont été déterminés par la jurisprudence *Altmark Trans* du 24 juillet 2003.

Dès lors, tout financement public d'un SPIC qui ne relèverait pas de la logique de la compensation pour obligation de service public, ou qui n'est pas octroyé sur la base d'un régime d'aide préalablement approuvé par la Commission européenne est susceptible de constituer une aide d'État.

À cet égard, tout financement public d'un SPIC devra, préalablement à sa mise en œuvre, être notifié à la Commission avec une obligation de standstill en application de l'article 88 § 1 du TUE.

L'interdiction de prise en charge de dépenses extérieures au service

Le principe de l'équilibre financier des services publics à caractère industriel et commercial a donné lieu à une certaine jurisprudence qui conduit en fait à lire le principe dans les deux sens.





Il n'est pas possible de financer par l'impôt ce qui doit être financé par l'usager. C'est en général l'administration ou le contrôle de légalité qui soulèvera cette question.

Il n'est pas non plus possible d'utiliser les recettes des services publics à caractère industriel et commercial pour financer autre chose que le service. Sur ce plan, une jurisprudence s'est construite, bâtie sur des recours formés par les usagers (par exemple : TA, Lyon, 14 décembre 1993, *P. Chomat*, AJDA, 1994, p. 349, note D. Brocoli).

C'est d'ailleurs sur la base de ce principe que la loi du 29 janvier 1993 a réglementé le régime des droits d'entrée dans les contrats de délégation de service public, puisqu'un certain nombre de collectivités avaient pris l'habitude de faire payer l'entrée par des délégataires dans la prise en charge d'un service et utiliser les ressources de ces droits d'entrée pour des dépenses qui n'avaient pas directement à voir avec les services en question. Les droits d'entrée doivent être publiés. En matière d'eau, d'assainissement ou de collecte et traitement des déchets, ils sont théoriquement interdits.

L'équilibre financier du contrat

Le principe de l'équilibre financier se lit également comme le principe du droit à l'équilibre financier du cocontractant.

Le droit à l'équilibre financier

L'activité de service public doit être une activité équilibrée pour le cocontractant, c'est-à-dire qu'en cas de déstructuration des conditions de sa rentabilité, il a droit à un rétablissement de l'équilibre du contrat, ou à défaut, à sa résiliation.

C'est l'application d'une jurisprudence traditionnelle relative au cas d'imprévision et au cas du fait du prince.

• Le cas de l'imprévision vise l'hypothèse dans laquelle l'équilibre du contrat de délégation de service public se trouve durablement altéré par des circonstances survenues après la conclusion du contrat et qu'il n'était pas possible d'imaginer ou d'envisager lors de ladite conclusion.

Dans ce cas, le délégataire a droit à un rétablissement de l'équilibre financier du contrat dans des conditions à déterminer par les parties. Ce rétablissement peut d'ailleurs n'occasionner qu'une indemnisation partielle du cocontractant.





Au cas où il ne serait pas possible par des mesures propres au contrat d'en assurer le rétablissement de l'équilibre, le cocontractant a droit à la résiliation de son contrat, soit par voie amiable, soit par voie juridictionnelle.

Dans nombre de contrats de délégation de service public, les conditions de mise en œuvre de l'imprévision sont en fait prévues par les clauses de révision du contrat qui prévoient que, lorsqu'un certain nombre de circonstances surviennent, ou au bout d'un certain temps, ou lorsqu'un certain niveau de consommation est atteint, les parties se retrouvent pour examiner l'équilibre contractuel et lui apporter les modifications que la lecture des résultats impose.

Ces clauses de révision jouent d'ailleurs dans les deux sens. Elles visent à rétablir l'équilibre financier du contrat lorsque celui-ci est détruit au détriment du cocontractant. Mais de plus en plus, elles sont utilisées pour rétablir un équilibre normal du contrat lorsque celui-ci s'avère trop profitable au délégataire.

• Le cas du fait du prince est un cas un peu plus simple.

Lorsque le comportement de l'administration aboutit à altérer les conditions d'équilibre du contrat, le cocontractant a droit à une indemnisation, soit sous forme de la révision du contrat, soit sous forme indemnitaire.



Dans l'hypothèse d'un fait du prince, ou il s'agit en fait de réparer le comportement fautif de l'administration, le droit à compensation globale est affirmé alors qu'il est moins net dans le cas de l'imprévision.

Les incertitudes de la notion d'équilibre financier

Il reste que les conditions de rétablissement de l'équilibre financier du contrat supposent que l'on s'entende par ce que l'on entend par équilibre financier.

Derrière l'affirmation de principe, se posent de très nombreux problèmes.

Il doit être entendu que l'équilibre financier du contrat s'apprécie sur sa globalité et non année par année. C'est bien la profitabilité globale d'un contrat qu'il convient d'apprécier, avec toutes les difficultés pour apprécier la profitabilité des périodes qui ne se sont pas encore déroulées.

Dans l'équilibre financier, il convient d'inclure la rémunération du cocontractant.





Le cocontractant, au regard des capitaux qu'il apporte, des financements, des risques, a droit à une rémunération qui va au-delà de la couverture de ses charges d'exploitation, même s'il est rémunéré au travers de ces charges d'exploitation.

Qu'est ce qu'une rémunération normale d'un cocontractant ? À partir de quelle valeur se calcule-t-elle ? Se calcule-t-elle sur le niveau des charges, à partir de capitaux apportés, en fonction du risque pris ?

Dans de nombreuses procédures de révision, on se fondra sur la notion de taux de marge, c'est-à-dire le résultat avant impôt de l'exploitation.

Le calcul du taux de marge est un exercice difficile :

– du fait de l'intégration des sociétés concessionnaires. Les charges indirectes et calculées (c'est-à-dire celles qui sont engagées et gérées à un niveau autre que celui de l'exploitation) constituent souvent une part significative de l'ensemble des charges. Or leur calcul est essentiellement conventionnel ;

– le caractère normal ou anormal d'un taux de marge calculé est une appréciation fondamentalement subjective.





Ce sont tous ces éléments qui forment le cadre de discussions qui prennent parfois un tour polémique, surtout compte tenu de l'environnement politique et médiatique des révisions de contrat. En cas de litige persistant, le juge peut être appelé à trancher.



Quelques réflexions prospectives sur les péages virtuels

Deux modes de financement ont permis le développement des infrastructures routières. Il s'agit, d'une part, du financement budgétaire par les collectivités publiques, alimenté par l'impôt ou par des taxes affectées et, d'autre part, du financement par le biais d'un partenariat public-privé dans lequel l'infrastructure, qu'il s'agisse d'une autoroute ou d'un ouvrage d'art, est financée par un péage acquitté par les usagers.

L'exemple du développement du réseau autoroutier français par le biais de la concession et du péage illustre l'efficacité de ce mode de financement par capitaux privés. Ce modèle présente toutefois des limites liées à la difficile acceptation du péage en milieu urbain [258]. Face à ces difficultés, d'autres modes de financement innovants sont apparus dans le cadre du développement des partenariats public-privé (PPP) dans les années 1990, comme le *shadow toll ou* péage virtuel [259].



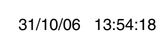
Le développement du péage virtuel en Europe

L'intérêt du péage virtuel par rapport aux montages classiques

Le contrat de *shadow toll* est un contrat par lequel une personne publique (le délégant) confie à un opérateur public ou privé (le délégataire) la construction ou l'extension et la rénovation d'une infrastructure, en contrepartie d'une rémunération étalée sur la durée du contrat, versée directement par le délégant en fonction de la fréquentation réelle de cet ouvrage. Dans le cas d'une autoroute, la rémunération est donc assise sur le trafic constaté.

258. En France, certains péages urbains ont fait l'objet de contestations récurrentes, parfois très importantes (périphérique de Lyon EO) aboutissant parfois à leur suppression (péage de Roques à Toulouse en 1994).

259. Les expressions « péage fictif » ou « péage fiscal » sont parfois aussi employées pour traduire *shadow toll*.





Comme d'autres formes de gestion déléguée d'un service ou d'un ouvrage public, le contrat de *shadow toll* permet de faire bénéficier la collectivité publique des optimisations résultant d'une opération globale de conception, construction, exploitation et maintenance, ainsi que du partage des risques entre délégant et délégataire selon la capacité de chacun d'entre eux à les maîtriser. De même, la rémunération du délégataire est liée à la fréquentation de l'ouvrage. Toutefois, à la différence de la concession classique avec « péage réel », le montant du « péage virtuel » est acquitté par la collectivité publique, c'est-à-dire par le contribuable, et non par l'usager.

Le péage virtuel présente certains avantages qui méritent d'être soulignés.

Il est **indolore pour l'usager** qui n'acquitte aucun péage et, à ce titre, permet la réalisation d'infrastructures en milieu urbain ou périurbain qui auraient suscité de très vives oppositions si elles avaient été mises à péage. De plus, l'existence du péage produit des effets dissuasifs sur certaines catégories d'usagers qui préfèrent à l'autoroute des itinéraires gratuits (effets d'évitement). Le péage virtuel supprime l'effet d'évitement, ce qui accroît d'autant la rémunération du délégataire et facilite la levée des financements. Il permet d'améliorer la rentabilité socio-économique de l'infrastructure.




Bien que les coûts d'enregistrement du trafic et de contrôle de sa fiabilité ne soient pas négligeables, le péage virtuel est bien **moins onéreux** à mettre en œuvre. Il permet en effet de réduire fortement les coûts de perception du péage, qui représentent en moyenne environ 10 à 15 % des coûts d'exploitation de l'ouvrage dans une concession à péage réel.

La suppression des barrières de péage contribue à **améliorer la fluidité** de la circulation et **procure plus de sécurité et de confort aux usagers**. En outre, elle permet la réalisation d'une infrastructure par le biais d'un partenariat public-privé en milieu urbain, là où les emprises disponibles ne permettent pas l'aménagement de plateformes de péage.

La technique du péage virtuel permet des **combinaisons innovantes** avec une rémunération assurée pour partie par péage réel et par péage virtuel, ce qui diminue d'autant le montant du péage acquitté par l'usager. De plus, la rémunération liée à la fréquentation peut être modulée, dans une proportion importante, en fonction de la qualité du service rendu (disponibilité de l'infrastructure,



sécurité, fluidité), ce qui permet à la collectivité publique d'orienter la politique d'investissements de son cocontractant.

Le principal inconvénient du péage virtuel réside néanmoins dans le **recours au financement budgétaire** qui lie la collectivité sur une longue durée et réduit d'autant sa capacité à financer d'autres projets. Il suppose en outre des prévisions de trafic aussi fiables que possible, afin que la collectivité publique puisse prévoir au mieux la rémunération qu'elle devra verser au délégataire. De plus, **l'absence de péage prive la collectivité publique d'un outil de régulation du trafic** par la tarification, mais aussi de recettes car le péage permet de faire payer les usagers n'ayant pas la qualité de contribuable, notamment les ressortissants étrangers.

Ces inconvénients peuvent toutefois être atténués pour trois raisons. En premier lieu, ce type de contrat permet d'étaler sur une longue période (environ trente ans) les dépenses de la collectivité publique tout en permettant d'anticiper la mise en service de l'ouvrage. En outre, la collectivité publique ne commence en général à rémunérer le délégataire qu'à partir de la mise en service de l'ouvrage.



En second lieu, dès lors que le contrat de péage virtuel transfère au délégataire les risques de construction et le risque trafic (risque de demande), l'engagement financier de la collectivité publique n'est plus comptabilisé dans la « dette de Maastricht », selon la décision d'Eurostat du 11 février 2004 [260] (effet déconsolidant).



Enfin, le mécanisme de rémunération du délégataire est souvent établi selon un barème dégressif par tranches. Au-delà d'un certain seuil de trafic, chaque véhicule supplémentaire ne donne plus lieu à rémunération. Ainsi, l'engagement financier de la collectivité se trouve plafonné.

Les expériences étrangères

Le péage virtuel est actuellement utilisé dans plusieurs pays européens comme la Grande-Bretagne qui a été le pays précurseur, la Finlande, l'Espagne ou le Portugal. C'est en Grande-Bretagne que les innovations les plus notables ont été apportées.

Les contrats de DBFO britanniques

Dans le cadre de la *Private Finance Initiative* (PFI), le gouvernement britannique a lancé en août 1994 les premiers projets autoroutiers

260. Décision *STAT/O4/18* du 11 février 2004.



sous la forme de contrats de **DBFO** (*Design, Built, Finance, Operate* [261]) avec péage virtuel. Entre 1994 et 1997, huit projets ont ainsi été lancés sur des opérations comprenant la rénovation ou l'élargissement de routes existantes et la construction de nouvelles sections autoroutières. Ils ont été attribués à six groupements d'entreprises après seize à dix-huit mois de négociation.

Un premier bilan a été établi en 1997 par la Highways Agency, agence du ministère des Transports chargée de la gestion des routes nationales. Il en ressort que, par rapport à la réalisation par le secteur public, le recours aux contrats de DBFO a permis de réduire les coûts d'environ 15 % en moyenne sur ces huit projets [262], les économies réalisées résultant en particulier du transfert des risques de construction vers le délégataire. Cette évaluation a été réalisée à partir du *Public Sector Comparator* (PSC), outil d'aide à la décision utilisé en PFI pour comparer les performances économiques respectives de la gestion publique et de la gestion privée, afin de choisir le mode de gestion approprié. Sept nouveaux projets ont été lancés depuis 1997. Au total, l'ensemble de ces opérations représente une valeur de 1,3 milliard de livres [263].

Les contrats de DBFO ont une durée de trente ans en moyenne. La rémunération du délégataire est assise sur le trafic constaté [264], selon un barème dégressif par tranches, avec plafonnement. Elle peut aussi être modulée selon la performance du service. Le délégataire est encouragé à réaliser des investissements de sécurité supplémentaires par l'attribution de primes représentant 25 % du coût économique des accidents évités sur les cinq années suivant leur réalisation. L'indisponibilité partielle de l'infrastructure (fermeture de voies, mises en service progressives) donne lieu à une réduction de sa rémunération.

Le contrat de DBFO relatif à l'autoroute A1 entre Darrington et Dishford (53 km), attribué en février 2003, comporte un mode de rémunération innovant puisque la rémunération du délégataire est modulée selon la fluidité du trafic afin de maintenir en permanence la congestion en deçà d'un seuil contractuel.

261. Conception, construction, financement et exploitation.

262. Source : Higways Agency, *DBFO – value in roads*, mars 1997.

263. Source : site internet de la Higways Agency (www.highways.gov.uk).

264. En matière de péage virtuel, les véhicules sont répartis en deux classes de véhicules selon leur longueur (> 5,2 m et < à 5,2 m).





Un intérêt croissant pour le péage virtuel

Le recours au péage virtuel a aussi été utilisé avec succès dans d'autres pays. Tel est notamment le cas de la Finlande qui l'a utilisé pour le doublement de la route nationale 4 sur 70 km. En Espagne, trois autoroutes en service (soit 122 km) ont été concédées avec une rémunération par voie de péage virtuel. C'est au Portugal que le recours au péage virtuel a été le plus fréquent puisque 34 % du réseau autoroutier à péage, soit 950 km, est financé suivant ce mode.

D'autres pays ou institutions ont aussi exprimé leur intérêt pour le péage virtuel, notamment l'administration fédérale américaine [265] ou la Commission européenne.

Afin d'accélérer le développement des réseaux transeuropéens de transport grâce à des financements innovants, la Commission européenne souhaite développer le recours au partenariat public-privé, et notamment au péage virtuel. Cette orientation figure en particulier dans la communication de la Commission du 23 mars 2003 relative au développement des réseaux transeuropéens [266] et dans le Livre vert du 30 avril 2004 sur les partenariats public-privé [267].

Dans ce contexte favorable, la question de la mise en œuvre du péage virtuel se pose en France avec une acuité nouvelle.





La mise en œuvre du péage virtuel en France : ambiguïtés et opportunités

Le péage virtuel, une concession d'infrastructures à paiement public ?

La mise en œuvre du péage virtuel en France soulève deux catégories de questions tenant, d'une part, à la qualification juridique du contrat à retenir et, d'autre part, à l'étalement des paiements dans le temps.

265. Voir notamment l'étude figurant publiée le site internet de la FerleraI Highway Administration (US Department of Transportation) : www.fhwa.dot.gov/innovative-finance/shadtoll.htm.

266. Communication de la Commission européenne du 23 avril 2003, COM (03) 132, « Développer le réseau transeuropéen de transport : des financements innovants. Une interopérabilité du télépéage ».

267. Livre vert du 30 avril 2004 sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, COM/2004/0327.



La qualification du contrat

La première question soulevée par la mise en œuvre du péage virtuel est une question de catégorisation contractuelle. En effet, le péage virtuel peut sembler en première analyse peu compatible avec le droit français, dominé par les deux modes classiques de dévolution contractuelle que sont, d'une part, le marché public et, d'autre part, la délégation de service public. Le péage virtuel emprunte à la délégation de service public son caractère de contrat global de conception, construction et d'exploitation ainsi que le transfert des risques au délégataire. Il emprunte au marché public le financement sur le budget de la collectivité publique.

L'article 3 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 (MURCEF) a inscrit dans la loi le critère de la délégation de service public dégagé par la jurisprudence du Conseil d'État [268] au terme duquel la rémunération du délégataire doit être *substantiellement liée à l'exploitation du service*. Le critère déterminant de la distinction entre le marché public et la délégation de service public n'est donc pas le paiement d'un prix mais le mode de rémunération de l'exploitant.

Dans le cas du péage virtuel appliqué à une autoroute, la rémunération de l'exploitant est assise quasi exclusivement sur le trafic constaté, bien qu'elle soit versée par la collectivité délégante qui se substitue ainsi aux usagers. L'absence de rémunération provenant directement de l'usager peut faire débat mais plusieurs auteurs s'accordent à considérer ce critère comme non décisif [269]. Le contrat de péage virtuel peut donc être considéré comme une forme de délégation de service public et plus précisément une **concession à paiement public**.

Une telle classification est d'ailleurs conforme au droit communautaire qui assimile les contrats de péages virtuels aux concessions de travaux [270] et qui fait du **transfert du risque d'exploitation** un critère de distinction important entre marché et concession. Toutefois, la Cour de justice des Communautés européennes n'a pas eu l'occasion de se prononcer explicitement sur la qualification juridique d'un tel contrat.

En outre, lorsque la rémunération du délégataire est assise pour partie sur le trafic constaté et pour partie sur la qualité du service

268. CE, 7 avril 1999, *Commune de Guilherand-Granges*, AJDA, 1999, p. 517 ; CE, 30 juin 1999, *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre-ouest seine-et-marnais*, AJDA, 1999, p. 714.

269. Voir notamment : D. Linotte et B. Cantier, *Shadow Tolls*, *le droit public français à l'épreuve des concessions à péages virtuels*, AJDA, 2000, p. 863 ; P. Cossalter et B. du Marais, *La Private Finance Initiative*, IGD, mars 2001, p 56.

270. Communication interprétative de la Commission du 12 avril 2000 sur les concessions en droit communautaire, voir p. 7 et 8.



rendu (par exemple si la rémunération est modulée selon la congestion comme en Grande-Bretagne) la classification du contrat devient beaucoup plus délicate car le risque de disponibilité ou le risque de qualité sont plus difficiles à qualifier [271].

L'étalement des paiements par la collectivité publique

La seconde question soulevée par le péage virtuel tient à la possibilité pour une collectivité publique de procéder à des paiements étalés dans le temps.

Situé à la frontière entre les deux modes de dévolution contractuelle que constituent le marché public et la délégation de service public, le marché d'entreprise de travaux publics (METP) a été considéré illégal par le Conseil d'État en 1999, car contraire à la prohibition des clauses de paiement différé figurant dans le Code des marchés publics [272]. Cette interdiction a été maintenue dans l'article 94 du nouveau Code des marchés publics annexé au décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004. Toutefois, dès lors que le contrat de péage virtuel est qualifié de délégation de service public, l'objection fondée sur la prohibition des paiements différés tombe d'elle-même.



Le principe d'annualité budgétaire ne paraît pas non plus, selon Didier Linotte et Bruno Cantier [273], constituer un obstacle à la mise en œuvre des péages virtuels, la convention de délégation de service public constituant un titre suffisant pour inscrire les dépenses au budget de la collectivité et pour autoriser les paiements par le comptable public. La publication au *Journal officiel* de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 créant les contrats de partenariat, dont une des caractéristiques principales est justement l'étalement des paiements sur la durée du contrat, renforce cette analyse.

De nouvelles perspectives pour le développement du péage virtuel en France

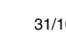
La création du contrat de partenariat

Les débats précédant la publication de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 ont permis de mettre en lumière les montages contractuels de type DBFO. Le gouvernement a notamment confié à la Caisse

271. Dans son article « Les contrats de *Private Finance Initiative* » (BJDCP, n° 22, p. 174), S. Braconnier considère que le « risque-qualité » ne peut être considéré comme un risque d'exploitation caractérisant une concession en droit communautaire.

272. CE, 8 février 1999, *Commune de La Ciotat*, conclusions C. Bergeal, AJDA, 1999, p. 364.

273. *Cf. supra*.





des dépôts et consignations l'étude de plusieurs projets pilotes sous la forme de partenariat public-privé. Dans ce cadre, la faisabilité juridique et financière de projets d'infrastructures complexes comme la construction d'une section d'autoroute urbaine (jonction A86-A4) ou d'une ligne TGV a été étudiée.

Alors que le contrat de partenariat ouvre des perspectives pour le partenariat public-privé dans le domaine des infrastructures, il risque paradoxalement de susciter de nouvelles questions portant sur la qualification juridique de ces montages contractuels.

En effet, le contrat de partenariat constitue un montage contractuel très proche de la concession avec péage virtuel. Dans les deux cas, il s'agit d'un contrat de longue durée qui a notamment pour objet la conception, la construction et la maintenance d'une infrastructure nécessaire au service public. Le titulaire du contrat bénéficie d'une rémunération par la collectivité publique étalée sur la durée du contrat. La différence principale réside dans le fait que, dans le contrat de partenariat, la rémunération du cocontractant n'est pas liée substantiellement à l'exploitation du service, bien que cette précision – qui figurait dans des versions antérieures du projet d'ordonnance – ait été retirée de sa version définitive [274].

Le contrat de partenariat s'apparente aux contrats de PFI dans lesquels la rémunération de l'opérateur dépend de la disponibilité de l'ouvrage ou de la qualité du service rendu, mais pas de sa fréquentation ou du trafic constaté dans le cas d'une autoroute. Si la rémunération du concessionnaire à péage virtuel devait être assise à la fois sur le trafic constaté et sur des objectifs de qualité de service, la qualification du contrat – entre délégation de service public et contrat de partenariat – risquerait de soulever quelques difficultés [275]. Gageons que les décrets d'application de cette ordonnance permettront de lever les ambiguïtés dans la distinction entre ces deux montages.

274. Dans la rédaction finale de l'article 1er de l'ordonnance, un élément de la définition de la rémunération du cocontractant a été supprimé : les versions antérieures de l'ordonnance (versions rendues publiques en décembre 2003 et février 2004) précisaient que la rémunération est assurée par tout moyen **mais ne peut être liée substantiellement aux résultats de l'exploitation du service public**. Cette précision rendait plus aisée la distinction avec la délégation de service public, telle que définie par la loi MURCEF.

275. Le risque d'une requalification ne peut donc être totalement écarté. En complément du critère de distinction fondé sur le mode de rémunération de l'exploitant, le transfert à l'opérateur du risque d'exploitation semble utile pour préciser la distinction entre délégation de service public et partenariat.







La relance de la décentralisation

Les articles L. 153-1 à L. 153-4 du Code de la voirie routière, dans leur rédaction actuelle, n'autorisent les collectivités locales à concéder que des ouvrages d'art et à certaines conditions. Cela n'empêche pas les collectivités locales d'intervenir financièrement pour soutenir la réalisation de projets autoroutiers concédés en participant au financement de liaisons autoroutières à péage (Al8 Rouen-Alençon, A19 Artenay-Courtenay), ou en finançant en tout ou partie la réalisation d'échangeurs nouveaux sur les autoroutes concédées en service. Certaines collectivités locales ont aussi conclu avec des sociétés concessionnaires d'autoroutes des conventions ayant pour objet la création d'abonnements autoroutiers dont le but est de réduire fortement le montant du péage sur certains trajets grâce à des subventions de la collectivité et une remise consentie par la société concessionnaire. La subvention est assise sur le nombre d'abonnés. Ce mécanisme n'est pas sans rappeler le péage virtuel, la différence la plus notable étant que la collectivité locale n'est pas le concédant.

La relance de la décentralisation constitue une opportunité de développement du péage virtuel en France. La loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux responsabilités locales va transférer aux départements environ 20 000 kilomètres de routes nationales, auparavant exploitées par l'État, faisant des conseils généraux les acteurs majeurs de l'entretien et du développement du réseau routier français.

Au cours de l'examen de ce texte par le Parlement, l'Assemblée nationale a supprimé la possibilité d'instituer des péages sur les routes express. Une telle mesure empêchera donc les départements de recourir à la concession à « péage réel » pour financer la réalisation d'infrastructures nouvelles ou la rénovation et l'élargissement de routes existantes.

Pour autant, cette mesure ne fait pas obstacle aux montages reposant sur les concessions à péage virtuel ou les contrats de partenariat. Les exemples étrangers montrent que la méthode du péage virtuel a été employée le plus souvent pour financer des opérations de moyenne envergure, incluant la construction de quelques dizaines de kilomètres de routes, c'est-à-dire pour des projets qui correspondent au champ d'intervention départemental. On l'a vu, le péage virtuel est notamment particulièrement adapté pour permettre la réalisation de contournement d'agglomérations ou de rocades sur lesquelles l'instauration d'un péage susciterait de très vives oppositions locales.

De plus, le recours au péage virtuel permet aussi de contourner une difficulté liée aux conditions de légalité de la mise à péage d'une



infrastructure routière. Dans plusieurs avis [276], le Conseil d'État, statuant en formation consultative, a considéré l'existence d'un itinéraire parallèle gratuit comme une condition de légalité de la mise à péage d'une autoroute. Le recours au péage virtuel permet aussi de lever cet obstacle.

Afin de réaliser ce type d'infrastructures, plusieurs possibilités vont donc s'offrir aux départements : la dévolution par voie de marchés publics de la conception et de la construction de l'infrastructure, puis éventuellement de son exploitation ou la mise en œuvre d'un partenariat public-privé qui prendra la forme, selon les modalités de rémunération du cocontractant envisagées, soit d'une concession à péage virtuel (rémunération assise sur le trafic constaté), soit d'un contrat de partenariat (rémunération liée à la qualité du service et la disponibilité de l'infrastructure).

Même si certaines ambiguïtés subsistent quant au montage contractuel à retenir, le recours au péage virtuel paraît constituer un instrument pertinent de développement des investissements relatifs aux infrastructures routières, alors que la sécurité de ces infrastructures constitue une priorité de plus en plus affichée des politiques publiques.

276. Conseil d'État, section des Travaux publics, avis n° 354708 du 6 juillet 1993 relatif à la RNIO ; avis n° 358310 du 21 novembre 1995 relatif au Viaduc de Millau.











Liste des contributeurs

Étienne Amblard,
avocat à la Cour, Cabinet Gide Loyrette Nouel

Jean-François Auby,
conseil en gestion des services publics, Auby Conseils

Xavier Bezançon,
délégué général, EGF-BTP

Laure Boulard,
chargée de mission, Institut de la gestion déléguée

Anne Bréville,
docteur en droit, délégué général adjoint, Institut de la gestion déléguée

J.-L. Champy,
juriste, Cofiroute

Philippe Cossalter,
maître de conférences, université Panthéon Assas Paris II

Joachim Jaffel,
juriste

Charlotte Lavit d'Hautefort,
responsable du Développement des Financements Structurés, Dexia

Alain Ménéménis,
conseiller d'État

Benoît Neveu,
avocat à la cour, cabinet Cabanes & Associés

Pascal Sokoloff,
directeur juridique, FNCCR

Pierre Van de Vyver,
délégué général, Institut de la gestion déléguée

Laurent Vidal,
maître de conférences, université Paris I Panthéon-Sorbonne

Sous la direction et la coordination d'Anne Bréville et Laure Boulard
avec l'aimable contribution de Thierry Tuot, conseiller d'État









Table des matières








Chapitre 2































